N. 17



BREVE INSINUACION

DE LOS FUNDAMENTOS, QUE ASSISTEN

A D. FRANCISCO DE VELASCO

TEXADA DE LA CUEVA Y ALDERETE,

VECINO DE ESTA CIUDAD,

EN EL PLEYTO, QUE SIGUE

CON D. THOMAS VELASQUEZ DE ORTEGA,

SOBRE LA PROPRIEDAD DEL VINCULO DE TERCIO,

Y REMANIENTE DEL QUINTO,

QUE FUNDÒ

Doña Sebastiana Bermudes de Alderete,

y Agregacion à èl, hecha

por Doña Maria de Barros y Mendoza.

Impresso en Sevilla, con las Licencias necessarias, en la Imprenta del Doctor D. Geronymo de Castilla, Impressor Mayor de dicha Ciudad.

JESUS, MARIA,

Y MI SEÑOR SAN JOSEPH.

Num. 1. 
POR EL MEMORIAL AJUSTADO, que corre impresso de estos Autos, se reconoce, que el assumpto de ellos se reduce, à que se declare en el Juicio de propriedad, à quien pertenece el Vinculo, que de Tercio, y Quinto fundò Doña Sebastiana Bermudez de Alderete, y Agregacion à èl, hecha por Doña Maria de Barros y Mendoza, en que Don Francisco Velasco entra fundando su derecho, en ser descendiente legitimo de Doña Juana de Alderete, muger de el Jurado Juan de la Cueva Texada, Sobrina de la Fundadora, cuya linea se halla expressamente llamada, despues de la de Don Thomàs, y Doña Francisca de Ortega y Alderete, hijos de los Fundadores, y de sus descendientes legitimos, en que no se duda.

2. Resiste este intento Don Thomàs Velasquez y Ortega, diciendo, ser Bisnieto de Doña Sebastiana de Ortega, y que esta fuè hija natural del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega; impugnando la exclusiva de Naturales, que la fundacion contuvo, con la precision, que se pretende establecer por la Ley 27. de Toro, de llamarles en defecto de descendencia legitima: y para satisfacerle, serà preciso, hacer tres Reflexiones, que evaquen la Defensa, que Don Francisco de Velasco ha hecho; persuadiendo en la primera, no constar de la qualidad de Natural, que se le atribuye à dicha Doña Sebastiana: en la segunda, que, aunque constasse de ella, debe mantenerse la exclusiva de la Fundacion: y en la tercera, se examinaràn los peculiares motivos, que para esto ay en los Bienes de la Agregacion, y en otros de la primera Dotacion.

REFLEXION PRIMERA.

QUE NO CONSTA DE LA QUALIDAD DE NATURAL, que se quiere atribuir à la Doña Sebastiana de Ortega.

3. CIERTO es, que cada uno tiene obligacion de probar plenamente el fundamento de su intencion, con cuya advertencia debe entrar à el Juicio todo Litigante, *ex L. 1. ff. de prob. & ex L. Prætor docere de vi bonorum raptorum, & ex L. 1. §. Quod autem ff. nè quid in flumine publico*, Mascard. *tom.* 1. *Con.* 73. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 123. *num.* 1. y esto procede tanto en el Actor como en el Reo, *ex L. 19. ff. de Prob.* que es el modo de entender la regla: *Reus excipiendo fit Actor*, D. Castill. *loc. cit.* Ibi: *Non admittitur ut talis, qui non probat se talem, sive sit Reus, sive sit Actor, & quilibet tenetur probare fundamentum suæ intentionis.*

4. Esto tambien, que Don Francisco de Velasco tiene fundada la suya, con verificar el expresso llamamiento, con que se halla su Bis-abuela Doña Juana de Alderete, C. 4. en defecto de la descendencia legitima de los Fundadores, que no existe, sin necessidad de probar otra cosa, para obtener, como le sucederia indubitablemente, si D. Thomàs de Ortega no saliesse à excluirle con la asserta filiacion de la Doña Sebastiana: unico medio, de que se vale, para pretender la prelacion; con que parece fuera de toda controversia, que debe probar *esse talem*: esto es, que la Doña Sebastiana de Ortega fuè hija natural del Veintiquatro Don Thomàs de Ortega, como que es el unico fundamento de su intencion.

5. Aunque diga, que le assiste la mejor probanza, que se puede dàr, por aver quedado la Doña Sebastiana reconocida por su Padre, *juxtà L. 11. Taur.* Ibi: *Con tanto, que el Padre lo reconozca por su hijo*; que es en lo que substancialmente tiene librada toda su prueba, nada puede adelantar, porque la prueba directa, y verdadera de la filiacion natural, consiste en verificar, clara, y concluyentemente: *Esse habitum ex soluto, & solutâ, vel partùs, vel conceptionis tempore*, que es el constitutivo de la filia-

filiacion Natural, *juxtà dict. L. 11. Tauri*, que es la *Text. 8. lib. 5. Recop.* Ibi: *Entonces se digan ser los hijos naturales, quando à el tiempo, que nacieren, ò fueren concebidos, sus Padres podian casar con sus Madres justamente, sin dispensacion*; y del mismo modo, que la filiacion legitima se prueba, verificando matrimonio actual de los Padres, *ad text. in L. filium eum diffinimus, qui ex justis nuptijs procreatus est ff. de his qui sui, vel alieni juris*; *& L. 10. C. de nuptijs*, *& in cap. per tuas. 12. qui filij sint legitimi.* La filiacion natural se ha de probar, haciendo coostar esta habilidad de los Padres; pues assi como la preexistencia del matrimonio, ò su actualidad, hace legitima la Prole, la habilidad, y capacidad de èl la hace natural. D. Hontalv. *de Putativ. spuriet. 2. part. §. 12. num. 54.* Ibi: *Idem, quod valet matrimonium actuale Parentûm, ad inferendum legitimitatem, vel spurietatem prolis, valet matrimonium possibile ad arguendam naturalitatem, vel spurietatem*; por lo que dixo el Sr. Cast. *5. controv. cap. 126. num. 19. quod regulariter, eisdem modis probatur filiatio filiorum naturalium, quibus filiorum legitimorum, & naturalium filiatio probatur*: Rox. *in Epithome successionum, cap. 10. num. 52.*

6. Esta prueba tan lexos està de tenerla Don Thomàs Velasquez, que ni aun puede determinar, y menos jurar, quien fuè la Madre de Doña Sebastiana de Ortega; y menos, por consiguiente, podrà dàr seguro de su estado, calidad, y habilidad, para aver contrahido matrimonio con el Veintiquatro Don Thomàs de Ortega, preadvirtiendo, no bastar para esto, que ambos fuessen libres de matrimonio, pues podian tener otro de los muchos impedimentos dirimentes, que ay de èl, que excluyen la filiacion Natural *ex dict. L. 11.* verbo: *Justamente, sin dispensacion*: *Circà quod plurà exquisita tradit* D. Hontalv. *de putativa spurietate natalium: part. 2. §. 1. 2. & 3.*

7. Que el reconocimiento de dicho Veintiquatro D. Thomàs, no pueda ser suficiente prueba de la filiacion asserta natural, tiene poca duda, por venir fundado en la proposicion de regla, de que *alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri*, por lo que las confessiones, en perjuicio de tercero, no prueban, ni perjudican, *ex L. Qui Testamentum ff. de prob. L. cum quis decedens §. Titia ff. de* lega-

legati, 3. *L. nec professis C. de Testamentis*, y de el mismo modo, que la negativa del Padre, de ser alguno su hijo, no perjudica à este *per textum in cap. transmissa* 3. *qui filij sint legitimi*; la declaracion, y reconocimiento de hijo, no puede perjudicar à otros; y aun con mayor razon, porque en el afecto natural de Padre, repugna creèr, que niegue por hijo, à el que legitimamente lo sea, y que le quiera causar tan graves perjuicios, como de ello pueden seguirse; y no tiene tanta repugnancia el creèr, que piense perjudicar à otros, y sì mucha proporcion, y verosimilitud, quando el hacerlo, es, amparando à uno, que, *ut cunque sit*, es su hijo, reconociendolo por natural; y esto hace mas fuerza en el caso presente, en que D. Thomàs de Ortega no advirtiò en semejante declaracion perjuicio alguno a su descendencia legitima, porque no la tenìa, ni à los transversales, porque bien sabìa, que por la fundacion del Mayorazgo, à que concurriò para su aceptacion, tenìan exclusion los Naturales, y ni à sì se perjudicò, pues dispuso libremente de sus Bienes, dexando por heredera à Doña Maria de Barros y Mendoza, su muger.

8. Que en estas circunstancias D. Thomàs de Ortega aspirasse à dexar con honor à una hija unica, que avia tenido, es muy proprio en los oficios de Padre, y de sus notorias obligaciones, y de el cariño, que la tuvo, y dexò acreditado, con averla siempre mantenido consigo, y encomendadola especialmente por su muerte à su muger. Y què dificultad puede tener esto, quando se sabe, que mucho menos se mueven los hombres à tratar, y admitir como hijos, y parientes, à los que no lo son, *ut in lib.* 3. *Esdræ. cap.* 3. y 4. donde pretendiendo tres ser parientes de Dario, porque à este le cayò en gracia una conversacion, y razonamiento de Zorovabel, prorumpiò diciendo: *Cognatus meus est tu, & proximus meus vocaberis.*

9. Es muy precisa de atencion la circunstancia, de que aquì no se trata de succeder en Bienes del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, que fuè, quien hizo el reconocimiento, con el que tal vez podria perjudicarse à sì mismo, y à los que de èl traxessen causa, sino se piensa succeder en un Vinculo fundado por los Padres de el mismo D. Thomàs, con llamamientos proprios, y especificos,

cificos, en cuya virtud los llamados adquirieron derecho de rigorosa justicia, muy independiente de qualesquier disposicion de dicho D. Thomas, y en que este nada podia hacer, por no tener mas facultades, que las de mero Posseedor: en cuyos terminos el Mier. *de Majorat. 2. part. quæst. 2. n. 158. versic. Item, ut: Quòd si possessor bonorum Majoratûs fateatur in Testamento, vel in aliqua dispositione, quòd aliquis est suus filius legitimus, & naturalis, ad hoc, ut succedere possit in Majoratu, talis confessio tamquàm contra jus, & quia est prohibitum relinquere bona Majoratûs filijs illegitimis, non juvat successorem*, por la regla general, de que *qui alienare prohibetur, confiteri non potest in præjudicium successorum, in quorum favorem alienatio est prohibita*: y sub num. 162. dice, que *ista procedunt etiam, si confessio, sit facta cum juramento, & in articulo mortis.* Tiraquel. *in L. Si unquàm*, verbo *donatione, n. 91. C. de revocandis donationibus*; *Hector Capitius latro dec. 14. num. 18.* Ibi: *Et quamvis in casu prædicto Pater nominaverit filium naturalem ortum ex Julia Marrao domi retenta* (circunstancia, que le falta à el reconocimiento hecho por el D. Thomàs, y es muy apreciable) *de dicta ejus confectione nulla est habenda ratio.* Noguer. *allegat. 25. num. 325.* Ibi: *Et quando agitur de re gravi, & de præjudicio tertij, planissimum est, hanc apelationem, seu vocationem nil operari ::: in probatione filiationis per tractatum, & nommationem solum præjudicat illis, quorum tractatio probatur, & non Tertio, & Consanguineis, qui non assentiuntur, & num. 326. in hoc casu sumus in causa Majoratûs, in qua sicut Possessor non potest suo facto præjudicare successoribus, ita nec recognoscendo aliquem consanguineum potest facere eum capacem successionis.*

10. El Sr. Castillo en el *lib. 5. cap. 125. per totum*, tratò largamente de el efecto de esta declaracion, y reconocimiento, y al *num. 8.* funda, que serà bastante, quando *simul interveniat, quòd filius ex soluto, & solutâ, inter quos matrimonium contrahi poterat, natus fuerit*; y sigue fundando, que el reconocimiento solo bastarà *cum inter personas prohibitas non versemur, aut ex recognitione fraus aliqua præsumatur, sive tertij præjudicium versatur, ut, putà quia in præjudicium filiorum legitimorum aliquis recognoscat, aliquem ut filium naturalem*, y es concluyente la razon,

 que

que dà con Surdo, *Conf.* 384. *sub num.* 39. Petra *de Fideicommiss. quæst.* 11. *num.* 466. *quia scilicet semper Lex fraudari posset, quia nemo instituteret filium suum tanquam spurium, sed tanquam naturalem, & si propter hoc deberet succedere, daretur materia adulterandi, & procreandi filios adulterinos, & incestuosos ::: sola nominatio Patris respectu filij sui legitimi nihil probat, quando agitur de bonis suis, aliàs esset absurdum, quod Pater, unico verbo, posset facere de incapace capacem, & de illegitimo legitimum, & ita consequi magnam hereditatem, non enim alià ratione rediti sunt isti filij incapaces, nisi ad refrænandum vitium, & peccatum Patris, & ut ipsis sit supplicum ::: ideò absurdum est, quòd posit unico verbo Patris capere, dicendo, illos esse naturales.*

11. Esto procede con duplicada razon en el caso presente, porque, si se mira à D. Thomàs de Ortega, de quien se dice, fuè hija natural Doña Sebastiana, fuè casado, y assi es menester especificamente probar, que la Doña Sebastiana fuesse habida en el tiempo de habilidad, porque de uno, y otro tuvo: *ex L.* 17. *C. de Prob.* donde, porque el que pretendia ser libre, entraba con la presumpcion contraria de aver sido su Madre Esclava, no le basto, para obtener, probar la manumission de la Madre, sino tambien, que su nacimiento, fuè despues de aver sido manumitida, y en tiempo de libertad; con que del mismo modo no pudo excusarse de esta especifica justificacion D. Thomàs Velasquez, haciendo vèr, que su Bis abuela fuè tenida antes de contrahido, ò despues de disuelto, el matrimonio del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega: que esto segundo no pudo ser, porque le previvió su muger Doña Maria de Barros y Mendoza.

12. Esto se huviera evaquado, si se presentasse de contrario la Partida de Baptismo de dicha Doña Sebastiana, como ha presentado las de los demàs Ascendientes, pues por ella se viniera en conocimiento cierto del tiempo de su nacimiento, y de la expression, con que se concibiò su filiacion: y el averse huido, de que este Documento parezca, es una gravissima presumpcion, que contra si tiene dicha filiacion; pues quien ha podido averiguar, donde se empadronò la susodicha en el año de 653. y Doña Isabèl de la Losa, con otras menudencias, que del

del Pleyto constan; como cosa mas importante, y aun precisa, deberia solicitar dicha Partida de Baptismo.

13. Aun no es esto lo que mas dificulta el ascenso à dicha qualidad de filiacion Natural, y lo que si la convence, es, vèr el descuido, con que una materia de tanta importancia se tratò; pues bien dicta cada dia la experiencia, que aun entre gentes de menos obligaciones, es muy comun, y frequente, que qualquiera, en el tiempo, en que le es facil la justificacion de Naturaleza, la hace, por excusar, que despues el tiempo se la impossibilite: *argum. text. in cap. 41. de testibus*, y solicita, que en la Partida se haga la correspondiente anotacion. Còmo, pues, serà creible, que la Doña Sebastiana, ni su marido Don Augustin del Aguila, teniendo la facilidad de probar esta filiacion, que con el tiempo estaba expuesta, y aun precisada à obscurecerse, no solicitasse, por su honor, y de sus hijos, aclararla; mayormente no pudiendo en ello tener el menor reparo, quando ella misma estaba manifestando los nombres de sus Padres? Y si esto *ut sic* tiene repugnancia, qual tendrà en las circunstancias, de estàr dependiente de esta justificacion la succesion de este Mayorazgo, pues, si la Doña Sebastiana, y su marido, vivian en el concepto, que aora D. Thomàs Velasquez, se creerian con derecho à èl, à falta de la unica linea de Doña Francisca de Ortega, porque su hermano Don Thomàs no tuvo alguna legitima, y creer, que en estos terminos avian de dexar la prueba de la filiacion Natural, dependiente unicamente de la declaracion de el Don Thomàs de Ortega, quando tenian facilidad de hacer una justificacion concluyente, y legal, es absolutamente opuesto à toda verosimilitud, y regular reflección.

14. Ni serà bastante, para probar la anterioridad del nacimiento de Doña Sebastiana, a el matrimonio del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega; el que en la declaracion, que la susodicha hizo en el Pliego Matrimonial en 16. de Abril de 670. declarasse, que tenia 24. años de edad, de cuyo antecedente infiere la otra Parte, que su nacimiento fuè algunos dias mas de cinco meses, anterior à el matrimonio del D. Thomàs, contrahido en primero de

No-

Noviembre de 646. porque, con decir, que fuè declaracion, que ella misma hizo, està visto la ninguna fuerza, que puede hacer *per text. in L. Nullus ff. de Testib.* pues claro està, que si el intento, era dàr à entender, ser hija natural del D. Thomàs, à cuyo fin la declarò este por tal en su Testamento, no avia ella misma de desacreditar, y oponerse immediatamente à esta declaracion; y lo cierto es, que la proximidad, que del nacimiento à el matrimonio, es preciso, huviesse, segun el modo de discurrir contrario; pues haciendo la quenta con tanta menudencia, sobre los 24. años, que declarò la susudicha, como si se tuvieta presente la Fè de Baptismo, que es el modo cierto de probar la edad (Mascard. *de Probat. conclus.* 673. *n.* 1. *&* 2. Genoa *de Scriptur. privat. lib.* 5. *quæst.* 1. *de lib. Plebanor. num.* 1.) solo se saca la diferencia de cinco meses, persuade, quan dudoso, y contingente està este punto de filiacion Natural con el D. Thomàs; y esto haciendo computo, de que, quando hizo la declaracion, tuviesse los 24. años cumplidos, que tal no explicò ella.

15. Aunque para dicho Pliego Matrimonial se examinaron dos Testigos, bien mirados, hacen mayor la duda; pues el primero, hablando de el conocimiento de la Doña Sebastiana, solo dice, que la conocia desde que era muchacha, que avria trece, ò catorce años; y esto tambien se compone, con que la huviesse conocido de diez, ù onze, que es lo que se necessita, para sacar los 24. años, como de algunos menos, porque à las mugeres, mientras no llegan à la edad de los doce, que las habilita à el matrimonio, les conviene bien el nombre, que le diò el Testigo, *ex cap.* 1. *de Sponsatione impuberum.* Ibi: *Puerperæ sunt, quæ in annis puerilibus pariunt*, que aun es algo mas; y el segundo solo explica, que la conociò muchacha de ocho à nueve años, que avria sus quince, por cuya regla solo se puede sacar, que tenia los ocho cumplidos, y por consiguiente, que en el dia de la declaracion no podia tener los 24. completos, que necessita D. Thomàs Velasquez, para sacarla nacida antes de el matrimonio de su Padre.

16. Y no se puede dudar, que estos son muchos apices,

y menudencias, que no pueden costear la prueba de una filiacion Natural en assumpto de tamaña gravedad, y de tanto perjuicio à las demàs lineas, que se tratan de postergar; y para convencer la falibilidad de estos medios, de que la otra Parte se vale, no es menester mas, que el Testamento de Doña Isabel de la Losa Maldonado, que si no fuè Madre de la Doña Sebastiana, se lo parece, mas que otra, en que le hizo diferentes Legados, por el mucho amor, y voluntad, que le tenìa, diciendo, que era de edad de 13. años, y, por esta quenta, en el año de 670. vendrìa à tener, no los 24. que ella declarò, sino 29; y bien se echa de vèr, que esta inconducente expression de la edad de la Legataria, quando D. Thomàs de Ortega, de quien la denomina hija, no tenìa otros, con quienes confundirla, fuè un estudioso principio, para ir disponiendo la asserta filiacion Natural, procurando alexarla del matrimonio de su Padre.

17. Si esto es la filiacion, mirada con respecto à el D. Thomàs, què podrà decirse en orden à su Madre, quando la otra Parte, ni ha podido determinar, quien fuesse, ni lo sabe? Y si esto ignora, còmo podrà saber, y liquidar, tener las calidades de habilidad, para contraher justamente matrimonio, sin dispensacion, que piden las Leyes del Reyno, para que la Prole sea natural? A la verdad, con esto solo bastaba, para creèr, ser assumpto, no solo no probado, pero aun improbable, y que toda esta obra no ha tenido otro fundamento, que la declaracion testamentaria del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, que, como se ha dicho, *nullius roboris est*.

18. La mejor prueba de esto ofrece, el que en 14. de de Diciembre de 719. D. Joseph Lorenzo Velasquez, C. 10. principiò los Autos Possessorios, por una informacion, que ofreciò, que, entre otras cosas, contuvo, el ser dicha Doña Sebastiana hija natural del referido Veintiquatro, pero sin expressar el nombre de su Madre, ni presentar Partida de Baptismo, ni otro Instrumento, que la clausula del Testamento del enunciado D. Thomàs, en que es muy digno de reparo, que, siendo dicho D. Joseph Lorenzo marido de Doña Maria Josepha de Ortega, y èsta hija de la misma Doña Sebastiana, ignorasse, quien

C fuè

fuè la Madre de esta, y donde se avia baptizado la Doña Sebastiana, pudiendo aplicarse algo, de lo que se dice in *L. finali de Heredibus instituend.* Ibi: *Cum nemo tàm insipiens, imò stultus, esse credatur, ut nomen suum ignoret*: y no es despreciable circunstancia, la de que esta Doña Maria Josepha de Ortega, muger de dicho D. Joseph Lorenzo, è hija de la Doña Sebastiana, participò mucho de aquellos tiempos, en que era preciso, que estuviessen muy vivas, y ciertas estas noticias, pues naciò en 13. de Junio de 671. quando por la quenta, que la otra Parte hace, su Madre solo tenia 25. años, en cuyos terminos, es imposible, que viviesse tan despossehida de noticias, que tanto le importaban, por su honor, y de sus hijos.

19. Consiguientes à esto fueron los testigos de dicha Informacion, pues componiendose de quatro, ninguno de ellos dice, quien fuesse la Madre de la Doña Sebastiana, y dos de ellos, que son el segundo, y tercero, afirman, que la conocieron, y que lo reservaban en si, y realmente, que no se alcanza, para què; porque sobre que avia tantos años, que era muerta, no avia motivo de andar con esta mysteriosa reserva, mayormente, quando à D. Joseph Velasquez, que los presentaba, le convenia, que se supiesse, quien era la Abuela de su muger, assi para assumpto de la limpieza de familia, como para tener entrada en el Mayorazgo, por medio de la filiacion Natural, que iba à probar. Y sobre todo, en el año de 670. en el Pliego Matrimonial, declarò la Doña Sebastiana, ser hija de Doña Isabèl de la Losa: en la Partida de su Casamiento, tambien se enunciò assi: en la Carta de Dote, que uno, y otro Instrumento fueron hechos en un mismo año, manifestò tambien, quien fuè su Madre, aunque denominandola Doña Isabèl de Salcedo: y en el Testamento, que otorgò en el año de 75. igualmente manifestò, ser hija de Doña Isabèl de la Losa: con que no es facil comprehender, lo que moviò à estos Testigos, para semejante dissimulo.

20. Toda esta multiplicidad de enunciativas, no se opone à lo que queda sentado, sobre no saberse, quien fuè la Madre de la Doña Sebastiana, porque yà se vè, que como *non est de nomine quæstio*, el empeño no es averiguar

su

su nombre, sino es sus qualidades, que es lo que conduce para la filiacion Natural, y esto es lo que no ha podido determinarle hasta aora.

21. Gobernandose la otra Parte por el Testamento del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, en que mandò, que à su hija Doña Sebastiana de Ortega, se le diessen los Bienes, que quisiesse, de los que avian quedado de Doña Isabèl de la Losa, y si todos, se le entregassen con efecto, le pareciò, que era buena para Madre de la Doña Sebastiana de Ortega, y por tanto, teniendo presente la obligacion, que ay en las Madres de instituir à los hijos naturales, *juxtà L. 9. Tauri*, alegò à el fol. 21. B. R. 4. que no queriendo acaso descubrirle la citada Doña Isabèl, pudo dexar un Fideicommisso à el D. Thomàs, en el supuesto de estàr oculto este sucesso, para que entregasse sus Bienes à la Doña Sebastiana, y que por lo mismo se los huviesse franqueado en esta forma; y en realidad el discurso es arreglado, porque el hecho no persuade otra cosa, y le acomodò tanto à D. Thomàs de Ortega, que aviendosele presentado el reparo, de que no era compatible, con que esta Doña Isabèl, que en el año de 67. declarò defuncta dicho Veintiquatro, el que los dos Testigos de la citada Informacion, que en el año de 719. hizo su Abuelo, la huviessen conocido, teniendo, como assegura-ron, 50. años de edad à el tiempo, en que hicieron sus Deposiciones, porque esso fuera, averla conocido antes de aver ellos nacido, puesto, que avia 52. años, que era muerta, aun quando huviesse sido su fallecimiento el dia antes, que testò el D. Thomàs, le pareciò menos mal decir, que este se avia equivocado en declararla muerta, y que esta era una enunciativa, que nada probaba, que no el desconocer por Madre à la Doña Isabèl de la Losa Maldonado, que tan buenos visos tenìa de ello, por la especie del Fideicommisso, aunque à costa de un pensamiento tan violento; porque si D. Thomàs no huviesse dicho mas, que el que la Doña Isabèl era defuncta, era mucho, para creèr, que se avia equivocado; pero passando à disponer de los Bienes de la herencia, que huvo de la susodicha, previniendo, que se le entregassen à su hija Doña Sebastiana, todos, ò los que quisiesse, no parece, que, ni aun para

salir

falir de el dia, es efugio el recurso à equivocacion, ni à tratar como enunciativa, la que es una formal Disposicion, y si esto cabe, no serà mal visto, que diga D. Francisco Velasco, que el aver declarado el Veintiquatro D. Thomàs de Ortega por hija natural à la Doña Sebastiana, fuè equivocacion de el susodicho, ò enunciativa, que nada prueba.

22. Pero presto se desconociò dicha Doña Isabèl de la Losa Maldonado, y tan presto, como se presentò su Testamento, y Partida de Entierro del año de 664. porque como, segun està, muriò cinco años antes, que naciessen los Testigos, que dixeron, que la avian conocido, y que reservaban su nombre, faltò arbitrio, para sostener aquella Informacion, como tambien, porque de el mismo Testamento resultaba, que la susodicha avia tenido dos matrimonios, lo qual no puede menos, que contemplarse grave embarazo, para la filiacion Natural, mientras claramente no se verifique, que la Prole fuè habida en tiempo de libertad de uno, y otro matrimonio, *ex dict. num. signantèr Capitilus latro, decis.* 14. *num.* 21. *Ibi: Sed in casu prædicto fuit producta fides matrimonij inter dictam Juliam Marro, & Felicem de Mederre, & sic dicebatur, quòd nec dum erat filius spurius ex ea natus, sed adulterinus, maritus enim adhuc præsumitur vivere, & qui dicit, maritum esse mortuum, probare debet.*

23. Pero aviendo tan repetidamente confessado Doña Sebastiana de Ortega, assi en el Pliego Matrimonial, como en el Testamento, y Partida de Casamiento, que fuè hija de Doña Isabèl de la Losa, serà dificultoso encontrar otra, que tenga tan buenas señas de ello, como la que otorgò el referido Testamento en el año 54. pues en èl se manda enterrar en la Capilla, y Boveda de Santa Theresa en el Colegio de Señor San Alberto, diciendo, que era propria del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, declarò, que este le avia estado socorriendo de mucho tiempo à aquella parte, para alimentos, y otras cosas, con diferentes cantidades, hizo Legado à dicha Doña Sebastiana de Ortega, llamandola hija del referido Veintiquatro, pero no natural, de 400. ducados, y siete Sortijas de Oro, y diferentes Piedras, y que lo hacia por el mucho amor,

que le tenìa: que tenìa por Bienes suyos, un Vale de 1693 reales, que le avia hecho D. Francisco de Ortega, Padre del citado D. Thomàs, y 189. reales de otros Vales, que le debian diferentes Sujetos, que todos paraban en poder del predicho Veiotiquatro: Que las Casas, que vivia en la Parroquial de Señor San Lorenzo, que en publico remate comprò dicho D. Thomàs, y despues declarò averla hecho para la misma Doña Isabèl, no obstante esto, pertenecian à el susodicho, à quien nombrò tambien por Albacèa unico, y por Heredero, en la propria forma, por la voluntad, que le tenìa; y si solo por la clausula del Testamento del D. Thomàs, en que mandò, que su hija Doña Sebastiana tomasse los Bienes, que quisiera, de la Doña Isabèl de la Losa Maldonado, se creyò, que esta era su Madre, y que este avia sido un tacito Fideicommisso, aviendolo despues subido de punto, y hecho valer tanto este Testamento, que no respira mas, que expressiones de afecto, tanto azia el D. Thomàs, como azia la Doña Sebastiana, acreditado con las obras de dexarle à uno toda la Herencia, y à otro un quantioso Legado, anteponiendolos à la otra Doña Isabèl de la Losa, su Sobrina, y à otros Parientes, à quienes solo gratificò con Legados de 20. ducados, què otro juicio podrà hacerse, que no sea afianzando, y assegurando el mismo concepto, que la otra Parte explicò, en orden à ser esta Madre de la Doña Sebastiana? Y aunque en apoyo de esto podian hacerse muchas juridicas consideraciones, estàn de mas, con solo observar aquella famosissima Sentencia de Salomòn, en la sabida disputa, que tuvieron las dos Madres, pues solo por un acto de benevolencia, y amor maternal, se moviò à dàr su determinacion, diciendo: *Date huic infantem vivum: hac est enim Mater ejus, ex cap. 2. de Præsumpt.* que, con no menor razon, puede aplicarse à esta Doña Isabèl de la Lola Maldonado.

124. Y mucho mas, si se repara, que, de que la otra Doña Isabèl Maria de la Losa fuesse la Madre de la Doña Sebastiana, no ay absolutamente el menor indicio, argumento, ni presumpcion; antes si muchos, que persuaden lo contrario, pues por un lado se vè, que las veces, que la Doña Sebastiana explicò su filiacion, dixo, aver sido

 su

su Madre Doña Isabèl de la Losa, y no Doña Isabèl Maria, que es como se trata à la segunda, assi por su Tia en el Testamento, como en Padrones de diferentes años presentados por la otra Parte: y si esta, para negar, que su Bis-abuela fuesse la contenida en la Partida de Baptismo del de 653, tuvo por razon de diferencia, faltarle el segundo nombre, que en esta Partida tiene, pues se le llama Sebastiana Josepha, avrà de conocer, que tambien lo es la variedad insinuada; y por otro, que es, à lo que verdaderamente no se ha hallado respuesta, se advierte, que, testando la Doña Sebastiana en el año de 675. expresso, ser hija del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, y de Doña Isabèl de la Losa, defunctos, vecinos, que avian sido de esta Ciudad; y conviniendo esto à la Doña Isabèl de la Losa Maldonado, que testò en el año de 654, y muriò en el de 64. como està ajustado con su Partida de Entierro, fol. 63. del R. corriente, y no à la Doña Isabèl Maria, pues en los Padrones, que ha presentado la otra Parte, la dà viva, y empadronada en la misma Casa de las Callejuelas de San Francisco de Paula, y de donde dice, que sacaron à la Doña Sebastiana, para casarse en el año de 76. y hasta el de 92. como resulta à el fol. 64. y 94. del mismo Ramo: Con evidencia, y precision se conoce, que la Doña Isabèl de la Losa Maldonado, que tuvo dos matrimonios, y no su Sobrina Doña Isabèl Maria, fuè la Madre de la Doña Sebastiana, no aviendole quedado à la otra Parte otro efugio, que el de decir, seria equivocacion de la Doña Sebastiana, el declarar, que su Madre era defuncta, que es hasta adonde puede llegar la voluntariedad; pues dònde cabe el creèr, que siendo la Doña Sebastiana, no solo vecina de esta Ciudad, sino que vivia en la misma Collacion de Señor San Lorenzo, como la Doña Isabèl Maria, que se dice ser su Madre, avia de ignorar, que era viva, ni de equivocarse, en declararla por defuncta? Mayormente, quando sobre esto passa à manifestar, que sus Padres fueron vecinos de esta Ciudad.

25. Con esto se acabarà de conocer el desprecio, que merece la Informacion hecha en el año de 719. en que el segundo, y tercero Testigos, que, quando depusieron tenian 50. años, dixeron, aver conocido à la Señora, en

quien

quien fuè habida dicha Doña Sebastiana; pues siendo, segun queda demonstrado, la Doña Isabèl de la Losa Maldonado, que muriò en el año de 664. la conocieron antes de nacer, pues avia 55. años, que era muerta. Y por esto la Ley 28. *tit.* 16. *part.* 3. previene, *que los Testigos expliquen el tiempo, que ha que conocieron à los homes de quienes testiguan, y el tiempo, que fue fecho aquello, sobre que testiguan, cà por lo que respondieren à tales preguntas, tomarà apercebimiento el Juez, si ha de creer, lo que dice el Testigo, ò no*: y los otros dos Testigos, solo deponen de oìdas à Doña Laura, y Doña Angela Montero, Primas de dicho Veintiquatro D. Thomàs, ser hija natural de este dicha Doña Sebastiana. Y què estas oìdas no deban estimarse absolutamente, parece claro, porque aunque ay duda, sobre lo que prueban los Testigos de oìdas, *ad text. in cap. Licèt ex quadam 47. de testib.* que trata del modo de probar los Parentescos, esto puede ser bueno, quando se trate de probar algun grado tan remoto, que por su antiguedad no pueda aver testigos de conocimiento; lo que evidentemente no sucede, porque esto se verifica, quando lo que se trata de probar es fuera del quarto grado: y por esto dixo la Ley 2. *tit.* 21. *part.* 2. *que se avia limitado la prueba de hidalguia fasta en el quarto grado, que llaman Bis-abuelos, è que lo tuvieron por bien los antiguos, porque de aquel tiempo adelante no se pueden acordar los homes*: y en el año de 719. D. Joseph Velasquez, lo que trataba de probar, era, que su muger fuè hija de Doña Sebastiana de Ortega, y que esta lo fuè natural del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, y asi no passaba de los Bis-abuelos, ni llegaba à ellos.

26. Y en rigor, està de mas todo esto, porque quien presenta Testigos de 50. años de conocimiento de la Madre de Doña Sebastiana de Ortega, no puede pretender persuadir, que el hecho es tan antiguo, que no pudiera aver otros muchos, que los huviessen conocido, si no de aquella edad: en que ay la implicacion opuesta, de alguna mas, pues en Pueblo de tanta substancia como este, sobran Sujetos ancianos, y de abanzada edad, que legalmente se presume, no faltar, para probar, lo que passò *infra centum ann. arg. text. in L. ultim. C. de usufructu.* Y

es de gravissimo reparo, el que teniendo el primer Testigo de la Informacion 74. años de edad, y el ultimo 80. y este la circunstancia de aver servido en las Casas de Parientes del dicho D. Thomàs, ninguno de los dos dice, aver conocido à la Señora, en quien este huvo à la Doña Sebastiana: con que no ay que recurrir à Testigos de oìdas, ni à empeñarse en la resolucion de esta question, en que se discurre con bastante variedad, bien, que todos vàn conformes, en que ès menester, que se observen todos los requisitos, que previene el citado *cap. 47. de testibus*, que son muchos, y no concurren en el caso presente; fuera de que el Garcia *de nobilitat. gloss.* 18. §. 1. *num.* 14. *versic. Sed adverte*, dexò hecha la advertencia, que llamò *maximi momenti*, de que por Derecho de España *correcta videri potest sententiâ illa de recipiendo testimonium, de auditu, circá parentelam in antiquis*: y lo prueba evidentemente, porque las disposiciones, en que se sostiene, son Canonicas, y en materia de matrimonio, que se trata de dissolver, por el Parentesco, en que ay especial razon de evitar el pecado; pero las disposiciones del Reyno dictan lo contrario. La Ley 28. *tit.* 16. *part.* 3. reprueba el Testimonio de oìda: *Fuera sende en Pleytos, è en posturas, que los homes pusiessen entre sì unos con otos; en que vale el Testimonio de oìda, quanto es fecho en esta manera, que diga el Testigo, yo vì, è oì à fulano, è à fulana facer tal Pleyto, è tal postura: mas si dixere el Testigo tan solamente, que oyera decir à otro alguno, que tal home, è tal, pusieron tal Pleyto entre sì, en esta manera no debe valer; porque el Testigo depone de oìdas*: y la Ley 29. siguiente, admitiendo por caso especial *la probanza de oìdas, quando se trata de labores antiguas, como estaba dispuesto por la Ley segunda, §. Idem labeo ff. de aqua pluvia arcenda*; *aunque con la calidad de aver de explicar, que los tales, de quienes lo oyeron, lo vieron facer, ò que oyera decir à otros, que ellos vieron quien lo vido facer, è que de esto era fama entre los homes, que assi fuera*, concluye, diciendo: *Mas en otro Pleyto no debe ser cabido Testimonio de oìda, fino como de suso diximos*, cuya ultima expression refiere el Sr. Gregorio Lopez, *verbo diximos*, à el caso de la Ley antecedente, que queda explicado.

Ultima-

27. Ultimamente, en esta Informacion ay otra cosa digna de especial advertencia, y es, que ninguno de los Testigos depone, que la Señora, en quien fue habida Doña Sebastiana de Ortega, fuesse habil, y capàz, para contraher matrimonio con el dicho Veintiquatro; y como el assumpto no es probar filiacion *ut cumque*, sino es filiacion Natural, que se constituye por esto: de aqui es, que dicha Informacion de modo ninguno la persuade; *siquidem non probat, hoc esse, quod ab hoc contingit abesse*; y toda probanza debe concluir *ad necesse*, y no con indiferencia, *per text. in cap. in præsentiâ de probat.* Y sube de punto este reparo, à vista, de que tuvieron todos especial cuidado de explicar, que, quando D. Thomàs tuvo à Doña Sebastiana, estaba soltero, y capàz de contraher matrimonio, porque iban advertidos, de que, si assi no lo decian, no aprovechaban para el intento, y esto mismo hace creer, que, pues no manifestaron lo mismo de la Madre de Doña Sebastiana, era, porque no concurrian en ella las proprias qualidades: *argum. text. in cap. Non ne 5. de præsumptionib.* Ibi: *Duo quippe ei illata fuerunt: unum negavit, alterum tacendo concessit.*

28. Nada puede aprovechar à D. Thomàs Velasquez, para evadir estos convencimientos, las diligencias del Pliego Matrimonial, que se practicaron en el año de 670. para el casamiento de Doña Sebastiana de Ortega, que se reducen, à aver parecido D. Augustin del Aguila ante el Juez de la Santa Iglesia, diciendo, tener tratado su matrimonio con dicha Doña Sebastiana, hija del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega y Alderete, y de Doña Isabèl de la Losa, en cuya Casa, y compañia vivia la dicha Doña Sebastiana, à quien su Madre, y Deudos avian obligado, à que dixesse, no gustaba de dicho casamiento, el que no se lograria, mientras se viera assistida de dicha su Madre, y Parientes; y concluyò pidiendo, se examinasse à la Contrayente, y se sacara de sus Casas, y depositàra; para lo qual diò informacion con dos Testigos, que nada dixeron en punto de la filiacion de Doña Sebastiana de Ortega, y si solo depusieron sobre el tratado matrimonial, en que aun ellas mediaron, y que por diferencias, que avia avido con su Madre, no se effectuaba: con lo qual,

 hecho

hecho el deposito, sacando à la Doña Sebastiana de las Casas de la Doña Isabèl de la Losa, sin expressar, que fuesse su Madre, en cuya compañia estaba, se le recibiò su declaracion, en que expressò, ser hija de D. Thomàs de Ortega, y de Doña Isabèl de la Losa, y Parroquiana de la Collacion de San Lorenzo, donde avia cinco meses, que vivia, y en ella estaba empadronada en aquel año, porque antes lo avia sido de la Iglesia Mayor toda su vida, y que tenìa 24. años de edad, con lo qual tuvo efecto el matrimonio.

29. Siendo esta toda la substancia de aquel Documento, se vè, que para el assumpto de filiacion Natural nada conduce, y que solo se sacan de èl las enunciativas de la edad, que tuviesse la Doña Sebastiana, sobre que queda hecha relacion en el num. 15 y de que fuesse hija de dicho D. Thomàs de Ortega, y de Doña Isabèl de la Losa, lo qual nada concluye, para la calidad de la filiacion: y assi lo unico, à que la otra Parte aspira con este Documento, es, à verificar, que la Doña Isabèl de la Losa, que fuè Madre de dicha Doña Sebastiana, vivia en el año de 670. en San Lorenzo, en las Callejuelas de San Francisco de Paula, pues era la que impedia el matrimonio de su hija, la que estaba en su compañia, y se sacò de sus Casas: infiriendo de aqui, que bien pudieron conocerla los Testigos de la Informacion del año de 719. que entonces tenian 50. años de edad.

30. Ha pensado siempre D. Francisco de Velasco, que este Pliego Matrimonial, solo puede servir, para augmentar la confusion, y duda de este negocio, y los convencimientos, que padece esta asserta filiacion; pues si en el año de 670. viviendo la Doña Isabèl de la Losa, como se pondera, no se tuvo reparo en publicar, que era Madre de Doña Sebastiana en diligencias Judiciales, y tanto, que se passò à sacarla de sus Casas, què reparo podian tener los Testigos en el año de 19. quando yà era muerta, en manifestar su nombre? Mas, la Doña Sebastiana confessò, ser Parroquiana de Señor San Lorenzo tiempo de cinco meses, y que allì estaba empadronada, lo que fuè por el año de 70. en el dia 16. de Abril: y en el Padròn presentado por la otra Parte à el fol. 84. del Ramo corriente,

834

riente, consta, que en las Callejuelas de San Francisco de Paula, en el año de 70. se empadronò dicha Doña Isabèl de la Losa, y con ella Maria de Espejo, y Pedro de Castro: pero no la Doña Sebastiana de Ortega: de lo qual, y de decir esta, que toda su vida avia sido Parroquiana del Sagrario, se infiere con evidencia, que de proposito se puso en las Casas, donde fuè sacada, para el efecto del matrimonio, pues con pocos dias, que huviesse estado en ellas, le alcanzaria el de los Padrones, respecto, que su declaracion la hizo en 16. de Abril; y cierto es, que esto dà à conocer, que se caminò con algun fin particular, y que la Doña Sebastiana de Orrega faltò à la verdad en quanto à esto.

31. Y que esta misma idèa fuè, la que obligò à dàrle por Madre à dicha Doña Isabèl Maria de la Losa, con el pretexto, de que impedìa el matrimonio, tiene poco que construir, pero que no era cierto menos; pues en el mismo Testimonio de Padrones, que la Contraria ha traìdo, fol. 94. se encuentra à esta Doña Isabèl de la Losa
desde el de 669 empadronada con Maria de Espejo en las Callejuelas de
hasta el de 676 San Francisco de Paula, en el año de 666. y siguientes, hasta el de 669. inclusivè: con que si en el de 75. Doña Sebastiana de Ortega declarò, que su Madre era defuncta, como queda dicho, mal pudo ser esta, que vivia en las Callejuelas de San Francisco de Paula, de cuyas Casas se sacò en el año de 70. Y convenciendo esto aquella expression de D. Augustin del Aguila, y sus dos Testigos, que fueron los que mediaron, y trataron en el matrimonio, y llevaban, y traian Papeles, en que expusieron, que su Madre la indisponìa para èl, es un nuevo eficacissimo argumento contra la filiacion natural; pues sino se encontràra gravissimo inconveniente, no se procuràra negar la verdadera Madre de la Doña Sebastiana, ni se le aplicàra otra: *Arg. text. in L. 25. de Probat. & in cap. ultim. de Solutionibus.*

32. Mas prueba de lo dicho es el vèr, que Doña Sebastiana de Ortega la tuvo su Padre consigo mientras viviò, y consta empadronada en sus Casas, y por su muerte la dexò encomendada à Doña Maria de Barros y Mendoza su muger, y no es natural, que siendo viva Doña

Isabèl

Isabèl de la Losa, y no teniendo esta reparo, en que se publicasse ser su hija, dexasse de tenerla consigo, à el menos, desde que muriò D. Thomàs.

33. En este conflicto ocurre D. Thomàs Velasquez à decir, que siendo Reo demandado, y estando en possession del Vinculo, no menos, que por Executoria, no tiene obligacion de dàr mas pruebas, de que dicha Doña Sebastiana, su Bis-abuela, fuesse hija natural; y que Don Francisco Velasco, que pretende impugnarlo, debe destruirlo, para obtener, es, quien debe costear la justificacion, porque de otro modo corre la absolucion del Posseedor, y Demandado *ex merò non jure Actoris.*

34. Esta especie, aunque tiene algo de especiosa, flaquea en la aplicacion, para lo qual se ha de prevenir, que el primero, que diò la regla en esta materia, fuè el Tello Fernandez en la Ley 11. de Toro, explicandola por cinco conclusiones, que la primera procede en el caso de ser Actor el hijo natural, en el qual no es dudable ser de su cargo la prueba, para fundamento de su intencion: la segunda, que se acerca mas à el caso, procede en el hijo natural, que es Posseedor, y resuelve *num. 6.* quando *Reus possidet illud, quod sine legitimitate possidere non potest, si ab eo prætenditur auferri illud, quod possidet, propter illegitimitatem, sufficit ipsi esse in possessione*, donde es menester llevar entendido, que, para proceder esta regla, se requiere, que el Actor entre fundandose expressamente en la ilegitimidad del Posseedor, y Reo, que esto quiere decir, *Ly si prætenditur auferri illud, quod possidet, propter illegitimitatem.*

35. La quarta conclusion, porque la tercera no sirve de materia à el discurso, es *ubicumque Reus est in possessione, tamen Jus resistit possessioni, tunc non præsumitur pro illa qualitate, cùm habeat jus commune contra se, unde sive sit Actor, sive Reus, qui pretendit nobilitatem, tenetur probare qualitatem legitimitatis, vel naturalitatis, cùm solùm Lex his concedat privilegium nobilitatis*, cuya decision, como favorable, debe aceptarse, pues la propria razon, del que *Lex, solùm his, id est, filijs naturalibus concedit privilegium*, se versa, como que la Ley de Toro solo à los hijos naturales concede el derecho de succession, y los que
no

no lo son, tienen resistencia Legal, y particular en la disposicion de los Fundadores, que tambien es Ley, para gobernar la succession.

36. La ultima conclusion habla de un caso particular, en que el Padre, teniendo Ascendientes legitimos, dexò su caudal à el hijo como natural; y como la facultad, que tiene es limitada, *ex eadem Lege, nam soli filio naturali permittitur*, viene precisada en este la prueba de esta qualidad, lo qual assentado, continùa diciendo: *Verùm uno casu procedere posset opinio.* Baldi, & Aymonis: *Quando ultrà institutionem esset filius in possessione bonorum, ita quòd esset Reus, tum cum Actori incumbat probatio, sufficit ei sola possessio*; pero no puede dissimular la ninguna firmeza, con que hablò, como se colige de la expression *posset procedere*, y de concluir diciendo: *Cogitate super hæc, quia sunt magnæ importantiæ, & jam vidi circà hæc bis, controvertia.*

37. Esta regla tampoco se opone à nuestro intento, *tum* por la referida duda, *tum*, porque à mas de ser el hijo Reo demandado, y Posseedor, tenia à su favor la institucion del Padre, que era el dueño de los Bienes, y con ella la voluntad expressa, de que sucediesse; y en nuestro caso, la linea Natural carece de todo esto, y tiene contra si la voluntad expressa de los Fundadores.

38. Este lugar del Tello Fernandez ha dado materia, à que discurran, los que despues han escrito, refiriendose todos à el, pero entre todo, lo que se estima por mas sano, y seguro, es, que quando el Transversal, ò Ascendiente entra pretendiendo, en Juicio de propriedad, los Bienes, fundandose, no en que el Posseedor sea ilegitimo, sino en derecho proprio, que tiene de suceder, yà por el orden Legal, yà por el llamamiento de la Fundacion, ò Testamento, en este caso no debe probar la ilegitimidad de su Contrario, y este es quien debe verificar, que no lo es; aunque otra cosa seria, si el Actor se entràra fundando en la ilegitimidad, que es, lo que el citado Tello Fernandez resolviò en la Conclusion tercera, siendo reciproco el fundamento, que ay para una, y otra regla, que consiste, en que cada uno (sea Actor, ò Reo) debe probar el fundamento de su intencion: D. Castil. *lib. 5. cap. 123. sub num. 1.* Ibi: *Quia non admittitur, ut talis, qui non probat*

probat se talem ; sive sit Reus, sive Actor ; & quilibet tenetur probare fundamenta suæ intentionis, de donde es, que quando el Actor se funda en la ilegitimidad de su contrario, debe probarla; pero quando establece su pretension en Derecho proprio, le basta verificar este, y el Reo, y Posseedor, que quisiere excluirlo, fundandose en la qualidad de Natural, ò otra, es quien ha de costear la prueba.

38. Con mas claridad, que otro, se explicò el Matienzo *in Leg. 9. lib. 5. tit. 8. gloss. 3.* donde à el *num. 10.* pone el caso de pedir uno la herencia ab intestato de su hermano, que posseìa otro, tratandose de hijo legitimo del defuncto, en el qual resuelve, que si *Actor, fratrem legitimum defuncti esse, probaverit, non absolvetur Reus, nisi legitimis probationibus ostenderit, se esse filium defuncti legitimum, quia hoc est fundamentum suæ intentionis, quòd probare tenetur, aliàs condemnabitur ad Bonorum restitutionem, cum Actor suam probaverit intentionem, nempè, esse fratrem defuncti*, que es el caso mas ajustado à el Pleyto, que puede dàrse; porque D. Francisco de Velasco, para pretender este Mayorazgo, se funda justamente, en que es descendiente legitimo de la Linea transversal, llamada en defecto de la de descendientes legitimos de los Fundadores: y aviendolo verificado assi, funda de derecho su intencion; y tanto, que, sino le hiciera oposicion D. Thomàs Velasquez, sin duda se le declararìa el derecho à el Mayorazgo: con que si el intento de este, es excluir el derecho de los Transversales, como descendiente Natural, no se podrà decir, que funda su intencion, si no lo prueba, ni le bastarà ser Reo, y estàr en possession, como no le bastò à el hijo, que se defendìa del Tio en la citada especie del Matienzo.

39. Aun en terminos mas estrechos, discurre este à el *num. 11.* hablando de un hijo natural, que fuè instituìdo por el Padre, que tenìa Ascendientes, y los preteriò; y aviendo logrado ponerse en possession de los Bienes, dice, que *si avus petat ab eo hæreditatem, sufficit probare, esse avum legitimum, & reo incumbet probatio filiationis, licet bona possideat, & nisi probaverit, filium esse testatoris natum ex Concubina, cum qua tempore conceptionis,*

vel

vel nativitatis patet poterat absque dispensatione contrahere matrimonium, & quod Pater eum nominaverat filium, & pro tali eum recognoverat; juxtà Legem nostram, condemnabitur profectò filius ad restitutionem bonorum: y sigue explicando lo con mas claridad, con el motivo de objeccionarse su propria doctrina, que diò en el *num.* 80. resolviendo, que *ubi Reus, & possessor bonorum allegat, se esse naturalem, & alter ad eum excludendum allegat, esse spurium, nulla incumbet probatio Reo*, lo qual dice, que no obsta à su posterior intento: Ibi: *Enim fundabat intentionem suam Actor, dicens Reum esse spurium, & non negabat, esse filium, quare nimirùm præsumitur Naturalis, & Actori incumbit onus probandi, esse spurium: in specie autem numer.* 10. & 11. *Actor asserebat, defunctum ab intestato decessisse, vel testamentum esse inofficiosum, quia ascendens fuit præteritus, & probavit, eum esse avum, vel fratrem defuncti, & sic heredem legitimum; quare Reo bona possidenti incumbit probatio filiationis, quia est fundamentum suæ intentionis, quod nisi probaverit, condemnabitur ad restitutionem*: y replicando todavìa, còmo puede ser, que el Actor funde su intencion en la ilegitimidad del Reo, y Posseedor, responde, que esto es assi, quando *nullo alio casu poterat Actor in dictis bonis succedere, ut si proximior consanguineus testatoris peteret hæreditatem defuncti, dicens testamentum ab eo factum, in quo filium suum instituit, esse nullum, eo quod non esset filius naturalis sed spurius, tunc enim nisi Actor probaverit, esse proximiorem, atque filium institutum esse spurium, non obtinebit*; y estos son los terminos, en que debe entenderse la segunda conclusion del Tello Fernandez, en que encarga la prueba à el Actor, quando *ab eo prætenditur auferri illud, quod Reus possidet propter illegitimitatem.*

40. Esto mismo funda el Juan Gutierrez, *lib.* 2. *Practicarum, quæst.* 112. *num.* 7. *versic. Si verò*: Ibi: *Si verò actor non fateatur, reum possidentem esse filium, sed tantum ab eo tamquam justo possessore, atque detentore petat prædicta bona ad se pertinentia, jure hæreditario ratione proximitatis, Reus autem allegat, se esse filium legitimum defuncti, & ideò ipsius bona possidere, hic casus differens est à præcedenti; quamobrem diversa sententia est in eo tenenda, nempè Actore probante suam intentionem, reo verò non probante, se esse filium,*

legiti-

legitimum defuncti, condemnandum esse ad restitutionem bonorum Actori faciendam; neque enim hoc casu incumbet Actori onus probandi espurietatem, cùm eam minimè pro fundamento suæ intentionis allegaverit, nec sit necessaria, sed tantùm proximitatem in judicio deduxerit, eamque probaberit, sicque meritò obtinebit: Reus autem, si vincere velit probare tenetur, se esse filium legitimum defuncti, cum hoc allegaverit pro fundamento suæ exceptionis. Mascard. *de Prob. concl.* 799. refiriendo à el numero 12. el caso de Reo, y Posseedor, y que con esto no necessita de otra prueba, y sigue diciendo: *Attamen casus iste non est tutus, & contrà, sive agat, sive conveniatur quod semper is qui allegat, se filium alterius, & legitimè debet probare, se esse talem.... quod si filius possideat hæreditatem, & conveniatur à proximis defuncti de cujus hæreditate agitur, & negetur legitimus, debeat ipse probare matrimonium inter defunctum, & matrem ipsius Rei conventi.*

41. Y aunque, segun esto, queda bien persuadido, no ser del cargo à D. Francisco de Velasco la prueba, y sì de el D. Thomàs Velasquez, que se funda en la filiacion Natural de su Abuela, para excluirle; es muy precisa la reflexa, que debe hacerse, en orden, à que en el Juicio de Possession se tratò muy poco de el punto de filiacion Natural, en que no se encargaron una, ni otra Parte, porque la de D. Francisco de Velasco pensò, que con la exclusiva expressa de Naturales, que la fundacion contiene, tenìa bastante para aquel Juicio, y que lo demàs debia reservarse para el de Propriedad, *ad tradita per* Mierez, *de Majorat.* 3. *part. quæst.* 15. *num.* 125. Ibi: *Nam si agatur de possessione bonorum, allegando, non fuisse observatam formam illius Legis, & esse vocatum secundùm dispositiones juris, obtinebit in judicio possessorio ille qui se fundat, in dispositione facta per fundatorem; & in judicio proprietatis agendum erit de validitate donationis;* y assi, todo lo que se ha trabajado, en pro, y contra de la filiacion Natural, ha sido en este Juicio, pues en èl se ha hecho vèr, aver avido muchas Doña Isabel de la Losa; que la que seguramente debe estimarse por Madre de Doña Sebastiana de Ortega, tuvo dos matrimonios, sin que se sepa, ni aya podido averiguar, en què tiempo fuè habida la susodicha: en èl se han convenido los Testigos de la Informacion

 del

del año de 19. que affeguraron, aver conocido à la Madre de Doña Sebaſtiana, verificandola muerta mucho antes, de que podian tener tal conocimiento: Se han convencido igualmente los del Pliego Matrimonial del año de 670. y el pretexto, con que eſte ſe formò, de que ſe impedia el matrimonio de la Doña Sebaſtiana por ſu Madre, que era muerta deſde el año de 664. Y por ultimo, en el anterior Juìcio ſe hallò la linea del D. Thomàs Velaſquez ſin opoſicion, en quanto, à que la Doña Sebaſtiana avia ſido hija del Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, y de Doña Iſabèl de la Loſa; pero en eſte ſe ha viſto en el conflicto de no ſaber, ni poder determinar, quien fuè ſu Madre, y ha incurrido en las variedades, è inconſtancias, que vàn demonſtradas, dando de un inconveniente en otro, infiriendoſe por ſumma de todo, no tener otra prueba de la afferta filiacion, que la declaracion de dicho Veintiquatro D. Thomàs, que es notoriamente inſuficiente, principalmente quando no ſe trata de ſucceder en Bienes de èl, ſino de otro, en que tiene poſitiva repugnancia. Maſcard. *de Probat. concl.* 799. *num.* 26. Ibi: *Præterea, poſſumus etiam dicere, priorem opinionem procedere quando agitur ſolùm de hæreditate, & bonis illius, qui conſtituit filium, in quaſi poſſeſsiones filiationis, ſecùs ſi etiam de Fideicommiſſo, vel hæreditate alterius, quæ erat apud dictum conſtituentem*: con que con ſeguridad puede eſperarſe, que ſe eſtime por no probada dicha filiacion Natural, que es el aſſumpto de eſte Diſcurſo.

REFLEXION II.

QUE AUN QUANDO CONSTASSE DE LA QUALIDAD de Naturaleza de la Doña Sebaſtiana de Ortega, debe mantenerſe la excluſiva de la Fundacion.

42. QUE los hijos Naturales tengan poſitiva, y expreſſa excluſion, por diſpoſicion de los Fundadores, es literal del miſmo Inſtrumento, en que hicieron los llamamientos, con calidad de legitimos de legitimo matrimonio, *in quo caſu ſine ullà controverſiâ excluduntur naturales addentes*; à D. Molin. *lib.*

3. *cap.* 3. *num.* 41, *versic.* 4. D. Castill. *lib.* 5. *cap.* 82. *n.* 4. y sobre esto añadieron exclusion expressa de los Naturales, que no fuessen legitimados por subsiguiente matrimonio: è igualmente es cierto, que, aunque D. Thomàs Velasquez sea hijo legitimo, no es legitimo descendiente de los Fundadores, porque su Bis-abuela Doña Sebastiana de Ortega, à quien representa, solo fuè Natural, y el legitimo de Natural no se distingue por los efectos Legales del Natural mismo, *ex L. finali C. de naturalibus liberis*: Ibi: *Quod enim si ex naturali filio nepotem habeat avus legitimum Patris sui, vel naturalem, in omnibus itaque talibus dubitationibus, cùm nulla legitima consequentia in hujusmodi personis custoditur, sed interventu sobolis naturalis, nullum jus legitimum subesse potest*: Gomez, *in L.* 40. *Taur. num.* 16. Mier. 2. *part. quæst.* 2. *num.* 81. D. Castill. *lib.* 3. *cap.* 29. *num.* 8. y 9. D. Larrèa, *dec.* 34. *num.* 7.

42. Y assi, la dificultad està solo, en vèr, si lo pudieron hacer los Fundadores, mediante ser este un Vinculo de Tercio, y Quinto, y estando reducida toda la duda à la verdadera inteligencia de la Ley 27. de Toro, que *est Lex* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* Para discurrir con oprtuna brevedad, se hace preciso referir la letra de ella: *Mandamos, que quando el Padre, ò la Madre mejoraren à algunos de sus hijos, ò descendientes legitimos, en el Tercio de sus Bienes, en Testamento, ò en otra qualesquiera ultima voluntad, por contrato entre vivos, que le pueda poner el gravamen, que quisiere, ansi de restitucion, como de Fideicommisso, y hacer en el dicho Tercio los Vinculos, sumissiones, y substituciones, que quisieren; con tanto, que los hagan entre sus descendientes legitimos: E à falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegitimos, que ayan derecho de los poder heredar: E à falta de los dichos descendientes, que lo puedan hacer entre sus ascendientes: E à falta de los susodichos, puedan hacer las dichas sumissiones entre sus Parientes: E à falta de Parientes, entre los extraños: y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho Tercio: los quales dichos Vinculos, è sumissiones, ora se hagan en el dicho Tercio de mejoria, ora en el Quinto, mandamos, que valan para siempre, ò por el tiempo, que el Testador declarare, sin hacer diferencia de quarta, ni quinta generacion.*

Està

43. Està à la vista, que esta Ley ofrece dos inteligencias: la primera comprehendiendo, que el Padre, para poder Vincular el Tercio, lo ha de hacer precisamente à favor de su legitima descendencia: Ibi: *Con tanto, que lo hagan entre sus descendientes legitimos*; y que faltando estos, lo deban con la misma necessidad hacer entre los naturales: Ibi: *Y à falta de ellos, que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegitimos, que ayan derecho de los poder heredar*; los quales son, sin duda, los Naturales; y para este modo de entender, se ha de usurpar la expression, *que lo puedan hacer*, de suerte, que importe necessidad, à lo qual obliga la clausula, *y que de otra manera no puedan poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho Tercio*.

44. La segunda inteligencia, que puede tener esta Ley, es, la que naturalmente significan en toda propriedad sus palabras, de que no es licito separarse, *ex L. Ille, aut ille, ff. de Legat. 3.* Ibi: *Non aliter à verborum significatione recedere opportet, quàm si manifestum sit, testatorem aliter sensisse*: entendiendo, que la precision, donde la ay, està en el llamamiento, que debe hacerse de los descendientes legitimos, en cuya falta se previene, que lo puedan hacer entre los Naturales, pero no se les precisa à ello.

45. Qual de estos dos sentidos sea el genuino, es el termino de la duda; y aunque se conoce, que el comun de los Authores ha abrazado el primero, el peso de la razon, y de los fundamentos Legales, se espera, que inclinen à el segundo.

46. Este tiene à su favor la misma letra de la Ley, pues vemos, que hablando de el llamamiento de los legitimos descendientes, usa de palabras, que denotan necessidad: Ibi: *Con tanto, que lo hagan entre sus descendientes legitimos*: y por el contrario, hablando de llamamiento de Naturales, Ascendientes, y Extraños, usa de voces, que explican mera facultad, y libertad de poderlo hacer, repitiendo muchas veces el verbo *puedan*, que es contrario à todo lo que es necessidad, y precision: *Arg. text. in L. Gallus, ff. de liberis, & posthumis*: de donde se infiere, que el sentido literal es, que se puedan llamar los descendientes Naturales; pero no que aya precision de hacerlo,

cerlo, que es cosa distinta, *ex L. non quidquid, ff. de judicijs*: Ibi: *Non quidquid judicis potestati permittitur, juris necessitati subjicitur*; y es mas fuerte esta consideracion, atendiendo, que la misma Ley, quando quiso, importar necessidad, que es en el llamamiento de descendientes legitimos, la explicò clara, y distintamente, de suerte, que no quedasse duda: lo que firmemente persuade, que lo mismo huviera hecho quando tratò de los Naturales, si quisiesse, que huviera precision de llamarlos, *text. optimus in C. ad audientiam 12. de decimis*: Ibi: *Non permittatis, hoc fieri, nam si intelligeremus tantummodò de novalibus, ubi ponimus de laboribus, de novalibus poneremus*; porque es à la verdad cosa fuerte, querer impropriar, sin necessidad, el natural sentido de las palabras, quando en el mismo hecho de explicar en un caso necessidad, y en otro nò, convence, que en èl no se quiso introducir.

47. Y de lo contrario se seguirìa el inconveniente, de que era menester corregir la Ley del Reyno *9. titul. 13. part. 6.* en la qual se le dàn à el hijo natural dos onzas, por las especiales consideraciones, que la Ley explica, y en la *8. tit. 8. lib. 5. de la Recop.* que es tomada de la Ley 10. de Toro, se dispone, que el Padre, no teniendo succession legitima, pueda dexar à el hijo natural lo que quisiere; pero si quiere no instituirle, puede no hacerlo, pues cumple con dexarle alimentos, y muriendo ab intestato, tendrà el hijo natural las dos onzas, como latamente sobre la citada Ley octava Mathienzo con todos los Tauristas; de suerte, que el derecho del hijo natural es unicamente à estos alimentos, y el mayor favor, que se le ha concedido, es, que el Padre pueda dexarle, lo que quisiere; pero precision à hacerlo, no se encuentra alguna.

48. Y no es facil comprehender la diferencia, que ay entre la palabra *puedan* de la Ley 27. à la palabra *pueda* de la Ley 10. En esta se dispone, que el Padre *pueda* dexar la herencia à el hijo natural, en falta de legitimos: y aquì se entiende, ser acto facultativo del Padre, y libre de toda obligacion. En aquella se previene, que à falta de descendientes legitimos, *pueda* el Padre llamar à los Naturales, y que aquì no sea facultativo, sino precisò, impro-

impropriando tanto la palabra *puedan*, que venga à explicar lo contrario de lo que ella misma significa, parece contrario à toda razon, y mas quando *sumus intra eamdem materiam*, y los terminos son iguales; pues la Ley 27. habla de los llamamientos del Vinculo del Tercio, y la 10. de la institucion de Herencia; y en una, y otra se supone à el Disponente con Ascendientes legitimos; y si se dixere, que en la una se trata de disposicion del Tercio, y en la otra absolutamente de la institucion de Herencia, no aquieta el discurso; porque en esta institucion de Herencia de la Ley 10. se comprehende el Tercio, que es el que se dispone por via de Vinculo en la 27. y este Tercio, que es legitima, *ergà filios legitimos*, no lo es *ergà naturales*, con que parece, que no ay razon alguna de diferencia entre el *puedan* de las dos Leyes.

49. La clausula, *y que de otra manera no pueda poner gravamen alguno, ni condicion en el dicho Tercio*, que contiene la citada Ley 27. no puede separarnos de este modo de discurrir, pues admite commoda, y nada repugnante inteligencia à lo que và fundado, mediante, que esta es una general relacion, que la Ley hace à su anterior disposicion, que es la parte, que debe dàr el sentido; con que si hallamos en ella, con palabras claras, y cathegoricas, decidido, que la forma de la Ley consiste, en que el Padre tenga precision de hacer la mejora entre sus descendientes legitimos, y que en falta de ellos pueda hacerlo entre los Naturales, està visto, que esta es la manera, con que concluye la Ley, diciendo, que han de poder poner gravamen, y condicion; y este sentido no tiene nada de improprio, pues se debe tener presente, que el assumpto, y espiritu de la Ley, fuè dàr reglas para el orden de la Vinculacion del Tercio entre descendientes legitimos, por ser Legitima debida à estos, y las [illegible] Expresiones [illegible], de que lo puedan hacer entre Naturales, fuè una mera insinuacion de las facultades del Fundador, segun la Ley 10. y otras anteriores, de suerte, que, aunque no se huvieran hecho, no harian la mayor falta, y assi es precisso, que todos lo confiessen; pues quien podrà dudar, que à falta de Descendientes legitimos, y naturales, Ascendientes, y Colaterales, pueda el Fundador llamar à

 los

los extraños, ù omitirlos? Y si en esta parte se ha de decir, que es acto facultativo del Fundador, explicado con la palabra *puedan*, no ay razon, para que en lo demàs se entienda de suerte, que importe necessidad, quando la misma palabra *puedan*, rige todos los llamamientos despues de los legitimos descendientes.

50. Esta no interpretacion, sino inteligencia del Texto, es genuina, y legal; y para que se conozca, se ha de tener por sentado el principio, que el espiritu de la Ley, ò qualesquiera otra disposicion, se ha de mirar unicamente en la parte dispositiva, y no en la executiva, de suerte, que, aunque en esta se encuentre alguna clausula, que dè augmento à lo dispositivo, y formal, no por ella deberà recibir extension; para cuya comprobacion es digna de especial ponderacion la *Clement. si Dignitatem* 1. *de Præbendis*, en la qual se mandò, que à uno, que tenia una Dignidad, se le diesse otra, sin decir, que fuesse Curada, dispensando, que las pudiesse tener ambas. Hasta aquì es constante, que en virtud de este mandato, y disposicion, no se le podia proveer de Beneficio Curado, *ex C.* 16. *de Præbend. in sext.* Ibi: *Intentionis nostra nequaquam exitit, ut cum aliquibus de Ecclesijs ::: vel alijs Beneficijs de animarum curâ mentione non habitâ provideri, mandamus ipsis, de ijs, quibus hujusmodi cura imminet, possit provideri*; pero contuvo mas el mandato de *quo in dicta Clement.* 1. que fuè el concluir, previniendo en las mismas letras, *con tanto, que el cuidado de las Almas, que tuviessen dichos Beneficios no se perjudicasse*: y no obstante, que yà con esto se conocia, que el Summo Pontifice hizo mencion del cuydado de las Almas, y pensò, que los Beneficios pudieran ser de esta classe, porque *aliàs*, fuera inutil la prevencion, no se le puede proveèr de Beneficio Curado: Ibi: *Quamquàm confectis super ea litteris, sit incertum quod animarum Cura, si Dignitatibus ipsis, vel altari earum immineat, nullatenùs negligatur*: A el mismo proposito, y en el supuesto de que en el mandato de proveèr à uno de Beneficio, por mas amplitud, que tenga, no se entiende comprehendido el electivo *ex dict. cap.* 16. *§.* 1. *de Præb. in sext.* sigue la expuesta Clementina primera, diciendo, que expedido el mandato de proveèr à uno de Beneficio, que pertenezca à Colacion,

cion, provision, ù otra qualesquiera disposicion de alguno; inhibiendo à aquellos, à cuya colacion, provision, ò eleccion pertenezca el dàr el Beneficio, para que no proceda à conferirlo, proveerlo, ò hacer eleccion de èl, no obstante toda esta repeticion hecha de la palabra *Eleccion*, no se le debe proveèr de Beneficio electivo; y la razon no es otra, que el hallarse en uno, y otro caso, en la parte executiva de la disposicion, la qual no debe servir, para inteligencia de la parte dispositiva, ni para dàrle augmento. Ibi: *Cum in concessione gratiæ, ad quam non augendam, sed exequandam debent, quæ de inhibitione sequuntur referri, nullam de electione fecerimus mentionem*; con que si en la parte dispositiva de la Ley 27. de Toro nada ay de precision à cerca de el llamamiento de hijos Naturales, y antes sì lo contrario, pues la palabra *puedan* la excluye; el que despues en la parte executiva diga la Ley, *que de otra manera no puedan poner gravamen*, *ni condicion*, que es una prevencion general, y muy inferior, à las que en los casos del citado Texto se advierten, no puede ser razon, para que se quiera extender la parte dispositiva tanto, que lo que en ella es acto libre, y voluntario, passe à ser necessario.

51. Y aunque, sin perjuicio de la verdad, se diera de barato, que esto contenia alguna impropriedad, que tal no sucede, se debia entender assi: lo uno, porque mayor es, la que advierte el sentido contrario, pues evidentemente le impropria la significacion de la palabra *puedan*: lo otro, porque por evitar, el que se siga correccion de Derechos, ù otros legales inconvenientes, es permitida, no solo esta impropriedad, sino la transposicion de clausulas: lo que se persuade *in illo Mathæi, cap. 19. Quicumque dimiserit uxorem suam, & aliam duxerit, exceptâ causâ adulterij, mœchatur*; de donde infieren los Hereges à favor de la Poligamia: *Ergo ex causâ adulterij licet nedùm uxorem dimittere, sed & aliam duxere*: y para salvar este error el sentido Catholico, es, que la excepcion *nisi ex causa adulterij*, se refiera solo à el *quicumque dimiserit uxorem suam*, sin unirlo con el *& aliam duxerit*. A el mismo proposito en el *cap. Causam 18. de Rescript.* aviendose expedido un mandato en Causa pendiente, à instancia de una

una Parte, para que si citada la otra legitimamente no compareciesse, los Juezes recibiessen las probanzas de la Parte presente, y en quanto pudiessen por Derecho, procedieran en el conocimiento, y determinacion de la Causa, diò esto motivo à discurrir, que verificada la contumacia de el que no avia querido comparecer, podian los Juezes admitir las probanzas de la otra Parte, y proceder à la determinacion, sin embargo, que la regla general dice, *ut lite non contextatâ, non sit procedendum ad testium receptionem, vel definitivam sententiam*, porque el tenor de el Rescripto prevenia lo contrario; y aunque en realidad, segun la letra, era assi, decide lo contrario el Señor Inocencio III. documentando, que aquella clausula *quantum de jure poteritis*, que se leìa despues de mandar à los Juezes *præsentis partis probationes recipere*, se debe transponer, y entender, puesta antes de suerte, que se lea, *si alterutrà partium citata parere contenderet, vos quantum de jure poteritis in causæ cognitione ac decissione procedere, minime tardaretis*; con la qual venia à ser una comission arreglada à Derecho; y esto, no por otra razon, que para evitar dissonancia, ù oposicion à las reglas comunes. Lo qual prueba eficazmente, que nada tiene de repugnancia la inteligencia dada à la dicha Ley 27. de Toro, y que antes bien viene precisada, por no dàr en los inconvenientes de abrazar una inteligencia dissonante, que ofrece reparos Legales, y de inducir correccion de Derechos, de que, en quanto sea posible, se ha de huir; *ex cap. de Election. 29. in sext.* Ibi: *Cum expediat concordare jura juribus, & eorum correctiones, si sustineri valeant, evitare*; tanto, que todo el que no sea una especial, y expressa innovacion, no basta, para que se aya de admitir esta correccion: *text. in L. Præcipimus 32. §. ultimo, C. de Appellat.* Ibi: *Quidquid autem hâc Lege specialitèr non videtur expressum ad veterum Legûm constitutionum, quæ regulis omnes relictum intelligant.* D. Castill. *lib. 5. Contr. cap. 125. sub num. 6.* Ibi: *Lex namque nova, quæ deviat à jure communi restringenda est, ut quantò minus fieri possit, recedatur à jure communi, & Legum correctio vitetur.*

52. Que el seguirse la inteligencia contraria, sea, dàr en estos inconvenientes, es quasi evidente, pues *ex Leg.*

10.

10. *Tauri*, se tiene por cierto, que el hijo natural ningun derecho tiene à el Tercio, ni el Padre es obligado à dexarselo, aunque pueda hacerlo; y esto es no teniendo descendientes legitimos, que teniendolos, ni aun esto puede, y esta Ley viniera à quedar corregida, si corriera la necesidad, que algunos de los Expositores de la Ley 27. de Toro quieren establecer. Por la Ley 6. tambien de Toro, se ordena, que los Ascendientes prefieran à los hijos Naturales en la herencia de los Padres de estos; de suerte, que teniendo Ascendientes, no pueden, aunque quieran, dexar por herederos à los hijos Naturales; y esto viniera à corregirse, si corriera la interpretacion, que se le dà à dicha Ley 27. pues segun ella, aunque el Fundador tenga Ascendientes, debe dexar el Tercio vinculado à los hijos Naturales, en perjuicio del derecho, que les dà la Ley 6. y de la facultad de disponer, que tienen los Testadores por la 10.

53. Todo esto pudiera correr, si en la Ley 27. *specialiter expressum*, como pide la Ley 32. *C. de Apellat.* se hallàra prevenida esta correccion, ò necessidad, que en el Fundador se quiere establecer; pero no siendo esto assi, pues sus palabras, mas bien que à esto, inclinan à lo contrario, es menester decir con la misma Ley, que *id veterum Legum constitutionum, quæ regulis omnes relictum intelligere debet*; pues creèr, que despues de aver decidido, que los Fundadores podian hacer los llamamientos entre hijos Naturales, Ascendientes, Colaterales, y Extraños, por la clausula general, de que en otra forma no pudieran hacèr Vinculos, ni sumissiones, pensò inducir necessidad, corrigiendo lo antes dicho, y decidido por tantas Leyes, tiene contra sì la censura *quæ habetur in Lege: Si quando, C. de in officioso Testamento, & in cap. Eccles. vestra 57. de Electíon. Ibi: Nè cætera, quæ super hoc alibi statuta noscuntur, uno verbo videantur everti, neque enim credendum est, Romanum Pontificem, qui jura tuetur, quod aliàs excogitatum est multis vigilijs, & inventum uno tantum verbo subvertere voluisse*; y es muy digno de reparo, que esta razon la dà el texto, desestimando el intento de uno, que queria anular una Eleccion, por no aver sido citado un Capitular, expendiendo el Estatuto de el Concilio General

 Late-

Lateranense, que concluìa, anulando la Eleccion hecha contra lo que allì se prevenìa. Clausula identica, à la que contiene la citada Ley 27. de Toro en otra manera, à que responde el mismo Cap. 57. que *statum in Generali Concilio ::: & quod ibi dicitur, quod aliter electio celebrata non valeat, ea respicit tantum, quæ attentatur contra formam Concilij memorati, non autem alia, quæ ponuntur ibidem ::: nec cætera, quæ super hoc alibi statuta noscuntur, uno verbo videntur everti, &c.* que todo confirma lo que và discurrido, sobre que la clausula, *y que de otra manera*, es referente à la forma dada para el llamamiento de los Descendientes legitimos, que es, donde està la precision, y lo que *pro forma* se pide.

54. Que el contrario modo de discurrir proporcione à la Ley un sentido dissonante, y lleno de inconvenientes, es muy facil de persuadir; porque, aunque no huviera otro, bastarìa, el de que, siendo la alma de la Ley la razon, que la justifica, *juxtà illud, littera occidit, spiritus autem vivificat, & prob. ex L. cum oratio, ff. de bonis damnator. & ex Can. erit autem L. dist.* 4. vinieramos à parar, en que era una Ley destituìda de toda razon, y tanto, que quantos la han trabajado, por mas que se han empeñado en investigarla, no han podido encontrar alguna aùn aparente, que sossiegue el discurso: lo qual deba bastar, para separarse de este dictamen, pues no es presumible, que el establecimiento de esta Ley, à que precedieron tan serias reflexiones, y examenes, se huviesse hecho sin alguna razon, que la motivasse, y justificasse.

55. Bien conociò esto el Tello Fernandez, quien, aunque hace varias consideraciones contra dicha Ley 27. en el sentido de su comun inteligencia, ninguna forma à favor de ella, y assi dice *sub num. 12. Ideo non capio veram rationem hujus Legis, sed voluntariam in hoc judico*; y aunque el Sr. Molin. en el lib. 2. *de Primogen. cap. 2. num.* 11. dà por razon, el ser el Tercio Legitima, se halla eficazmente impugnada, assi con las razones del citado Tello Fernandez, como con las del Sr. Larrèa en la *decis.* 32. pues el Tercio, aunque sea Legitima de los hijos legitimos, no lo es de los naturales; y assi, el que aquellos deban ser substituìdos por el derecho, que à ella tienen, no solo

no prueba, que lo mismo se aya de decir en estos, sino que antes bien infiere lo contrario: *Cum cessante causâ cesset effectus, & itidem deffeciente ratione Legis, ipsa lex, deffecit, ex cap. 62. de Apel.*

55. *Nec. fœlicius citat.* D. Larrèa, pensò, que la razon de esto era, por la proporcion, que ay en los hijos Naturales, para conservar con lustre el nombre, y Familia de la Casa, por ser dignos, y capazes de todos los honores, pues *quidquid de hoc sit*, serà bueno, quando mas, para que puedan succeder; pero no para que deban sobstituirse: y dandole à estas consideraciones la mayor amplitud, podrà persuadir à favor del hijo Natural, en el caso de estàr omitidos en la Fundacion, pero no en el de tener positiva, y expressa exclusion; y si todas estas razones no bastan, para que en el Mayorazgo, que no es de Tercio, se admitan los Naturales, aun no estando excluìdos, pues en la opinion del mismo Sr. Larrèa, solo succeden à falta de todos los Parientes legitimos, *certè non video*, còmo han de bastar, para que en el Vinculo de Tercio succedan, sin embargo de la exclusion contra expressa voluntad del Fundador?

56. El Avendañ. *ad dictam Leg. 27. gloss. 2. num. 6.* discurriò, que le hallaba razon fortissima a favor de su determinacion; y es, el que, siendo el Tercio Legitima, respecto de los Extraños, motivo, porque no puede dexarse à estos, aviendo Descendientes, tampoco puede executarse por modo indirecto, como succederia *per tertiam personam, gravando scilicèt filio, de restituendo extraneo*: y para evitar este inconveniente, se dispuso la precision de substituir *proximiores, ad quos, si filius prælegatarius ab intestato decederet, bona venirent*; pues todo este discurso queda elidido, con negar, que el Tercio sea Legitima, respecto de los Naturales; ni debido à ellos, mas que à los Extraños: y assi nunca pueden quexarse, de que se les aya hecho agravio, porque no lo ay, en privarles de lo que no tienen derecho: y si la precision es de sobstituir à aquellos, *ad quos hæreditas veniret ab intestato, càrpitur manifestè citatus Author*, pues los hijos Naturales no succeden ab intestato à sus Padres, y Descendientes. Y aunque el Sr. Castillo dixo, que esta disposicion avia sido por favo-

favorecerles en esto, y à que se les avia gravado en la herencia ab intestato, es una consideracion arbitraria, porque no es gravamen digno de remuneracion, el negarle à una cosa, à que no tiene derecho, y los hijos Naturales, por el Derecho comun, fueron bien desconocidos, y desatendidos; y assi, quanto el Derecho de el Codigo, y Leyes del Reyno les dispensaron, fuè por beneficio, y equidad; y debiendo ceñirse à ella, no ay razon, para querer despues preferirles à los Ascendientes, y Transversales legitimos, contra la disposicion de los Fundadores.

57. Y todas estas consideraciones urgen mas en la precisa substitucion de Transversales, que, para ir consiguentes, se vèn precisados à admitir los de la opinion contraria, porque en un Colateral remoto, ni se halla razon de Legitima, ni de Derecho, que tenga, à que otro le dexe todo, ò parte de su caudal, ni es aplicable la Reflexion del Sr. Castillo, *ut qui in uno gravatur, in alio relevetur.* Y por ultimo, no ay mas, sino que es una cosa fortissima, querer hacerlos de igual condicion con los Descendientes legitimos, y que participen del proprio beneficio, siendo tan desiguales los terminos, como que en estos procede assi, por especial razon de ser Legitima suya, y Bienes, à que tienen derecho.

58. Siguense, ademàs de esto, muchos inconvenientes de la opinion contraria, que assi deben llamarse, porque son inconsequencias Legales: y la primera consiste, en que por estas proprias razones se avia de decir, que el Padre, que à favor de un hijo unico, con consentimiento de este, vinculasse todo su caudal, avia de ser obligado tambien à llamar à los Descendientes Naturales, y à los Transversales muy remotos, que tuviesse, *quod, ni fallimur, nemo dicere audebit*; y la sequela es precisa, porque todo el caudal, fuera de el Quinto, es tan Legitima de este hijo, como el Tercio; porque sobre ser unico, el Padre no puede menos, que dexarselo: y si, respecto de el Tercio, ay la precision manifestada, respecto de la demàs Legitima, tambien la ha de aver, *quia quod dicitur de toto quoad totum, debet dici de parte quoad partem, ex L. quem de tota 76. ff. de reivindica.*; la segunda nace, de que

el

el mismo Sr. Castillo, principal defensor de la contraria opinion, en el *lib. 2. cap. 30. num. 12. in fin.* admite, que el Padre, que vincula el Tercio, puede hacer los llamamientos entre sus Descendientes legitimos, y pararse allì, sin llamar à los Naturales, y Transversales, y que esta disposicion serà valida, y se debe sostener: y si esto es assi, mal se puede componer con esta doctrina, la, de que la precision de llamar à los hijos Naturales, fuè para compensarles el no admitirlos à la herencia ab intestato, ni ay Capitulo, por donde puedan impedir, que el llamamiento se haga en otro.

59. La tercera inconsequencia depende, de que en este caso avrìa de decirse, que el Mayorazgo estaba acabado, y por consiguiente, nunca pudiera tener sus Bienes D. Thomàs Velasquez, porque fuera posseerlos contra expressa voluntad del Fundador, que lo està excluyendo. Y aunque el Sr. Castillo, en el *2. lib. Controversi. cap. 7.* dice, que, invertidos los llamamientos, se han de reducir à el orden de la Ley, esto es bueno, quando el Testador, ò Fundador, huviesse llamado à todos los cinco Grados de substituciones, que dice la Ley, prepoſterando solo el orden de ellos, ò en el caso de estar omitidos algunos; pero no en el de tener positiva, y expressa exclusion: porque entonces se avrà de decir, que *quod potuit, noluit, & quod voluit facere, nequivit*: y por consiguiente, que ni uno, ni otro vale, *ex cap. 23. de Offic. & Potest. Judicis delegati: sic* Angulo *de Melior. in L. 11. gloss. 4. sub num. 18.* Ibi: *Si tamen extarent intermedij, neque ij admitterentur, quia exclusi, neque ultimò vocati, propter prohibitionem Legis, ita ut illis obstaret voluntas, istis, impossibilitas, cum nemo possit facere, quin Leges in suo Testamento locum habeant, & cum verum sit, Patrem, in Vinculo tertij non teneri descendere ad omnes gradus, qui sunt expressi in Lege, Vinculum finietur in ultimo, juxtà hujus Legis formam vocato, & in eo bona remanebunt libera. Optimè* Joann. Gutierrez, *lib. 5. pract. quæst. 12. à num. 15.* Ibi: *Cum igitur aliæ personæ, quæ debebant vocari, vocatæ non reperiantur, quamvis quoad extraneos Vincula gravamina, & substitutiones factæ contra ordinem nostræ Legis, sint nulla, utpotè, contrà prohibitionem Legis, attamen validum est, legitimè factum, &*

 per

per consequens Vincula prædicta finientur in ultimo descendente vocato, ac si ulteriùs non esset processum contrà formam Legis, quando quidem pro infecto id habetur; con quien concuerda el Ayora, *part. 2. par. quæst. 43. per totam*, ponderando muy bien las palabras de la dicha Ley 27. en que se determina, que las substituciones hechas contra su tenor no valgan, y assi es lo mismo, que si no se huvieran executado, *ex L. 5. C. de Legibus*; pero como valen los llamamientos hechos legitimamente, conforme à la Ley, quitados los otros de el medio, quedan los Bienes como libres en el ultimo, de el mismo modo, que si el Testador huviera hecho algunos determinados llamamientos, arreglados à la Ley, y no huviera passado à hacer los otros, en que se excediò. Y à favor de esto el Sr. Castillo, *lib. 5. cap. 98.* expendiò graves fundamentos, y doctrinas, y se viò precisado à confessar *sub num. 16. quàm fortitèr urgeant*, y *cum formidine*, y *probabilitèr*, assiente à lo contrario, fundado solo en la voluntad conjeturada, y presumpta de los Fundadores à favor de la perpetuidad, y subsistencia del Vinculo: bien, que confessando en el *num. 17. versic. hactenus circà finem*, que esto *limitatur*, *si ultrà exclusionem ulteriùs disponens processerit, & actum annullaverit*; porque como todo su fundamento està sostenido en la conjetura, y presumpcion del animo del Fundador, siempre, que aparezca lo contrario, no puede la opinion, y presumpcion prevalecer, à la verdad. Y prescindiendo por aora de quan debil es este fundamento del Sr. Castillo, à vista, de que la misma Ley 27. de Toro concluye, previniendo, *que los Vinculos, y sumissiones, valgan para siempre, ò por el tiempo, que el Testador declaràre, sin hacer diferencia de quarta, ni quinta generacion*: de donde infiere el citado Angulo, *gloss. 11. n. 5. & sequent.* que *si post substitutos, aliquos vel omnes descendentes, non procederet ultrà, bona non transirent ad alios descendentes, vel transversales, sed Vinculum finiretur in ultimo vocato, & in eo bona remanerent libera*; de suerte, que la razon de Vinculo no hace, que se extiendan los llamamientos, *præter voluntatem fundatoris*, à los que estàn omitidos; y por consiguiente, menos se puede dar extension *contrà ipsius voluntatem*, à los que estàn exclusos.

60. Lo que mas hace à nuestro intento, es, que no cabe en nuestro caso semejante presumpcion, por resistirlo la voluntad de los Fundadores, que con el mayor empeño, y energìa, explicaron el odio, y exclusion de todos los que no fuessen legitimos, pues ademàs de que todos los llamamientos los hacen con esta qualidad de legitimos, que manifiesta bien su determinada voluntad, pudiendoseles bien acomodar el *bis idem dixisse, nè aliqua dubitatio superesset. Arg. text. in Leg. Balista, ff. ad Trebellian.* Pusieron separada condicion, en orden, *à que todos los Descendientes del dicho D. Thomàs de Ortega, y de las demàs personas, que estaban llamadas, huviessen de ser legitimos, y de legitimo matrimonio, nacidos, y procreados, y que ninguno pudiera succeder, que fuera legitimado, ò descendiente de èl, ni bastardo, è ilegitimo, ni natural, salvo el legitimado por subsiguiente matrimonio, porque à todos los demàs los avian por excluidos, aunque fuessen legitimados por el Summo Pontifice, con qualesquier clausulas especiales, ò derogatorias:* que no puede estàr mas expressiva, y rigorosa la voluntad de los Fundadores contra toda classe de ilegitimos.

61. Y para verificar, que *ultrà exclusionem ulteriùs processerunt*, que pide el citado Sr. Castillo, se observa, que en la clausula fol. 36. B. disponen: *Que, si, lo que Dios no permita, faltàre succesion legitima, de todos los que à este Mayorazgo quedaban llamados, se fundassen dos Patronatos para diferentes Obras Pias*: de que se infiere, que tuvieron tanta aversion à los hijos ilegitimos, tanto Descendientes, como Transversales, que aun acabada enteramente *la succesion legitima de todos los llamados*, no quisieron, ni permitieron, que continuasse el Vinculo *en los naturales, è ilegitimos*; y mas bien llevaron *la extincion de èl*, pues expressamente disponen, *que à falta de dicha succesion legitima, se haga el Patronato*: Por lo que no cabe la presumpcion, de que, si huviera considerado precisa, como se quiere hacer por la Ley, la succesion de los Naturales, para la continuacion de el Vinculo, no los huviera excluido; porque con mas absoluta precision la contemplò necessaria, quando supuso acabada enteramente la succesion legitima de todos los llamados; y ni aun en este caso quiso, que succediessen los Naturales, sino que

se hiciesse Patronato: Y siendo expressa la voluntad, y prelacion à favor de este, se ha de preferir à la tacita, y conjeturada, siendo muy del caso, el que las substituidas sean Obras Pias, que tienen tanto lugar, como que se estiman en el concepto de hijos; por lo que, *rogatus restituere hæreditatem, si sine liberis defecerit, si Monasterium ingrediatur, evanescit Fideicommissum, & hæreditas applicatur Monasterio.: Text. expressus in cap. 8. de Prob. ubi latè Facnanus, & Panormitanus Canonistarum facilè Princeps.* Y si se dixere, que no aprovecha à D. Francisco Velasco ponderar el derecho del Patronato, se responde, que con esto hace vèr la particular aversion de los Fundadores à toda especie de ilegitimidad, contra cuya expressa voluntad no puede succeder D. Thomàs, como de las doctrinas citadas consta; y mas bien se ha de llegar à la dissolucion del Vinculo, que permitirse lo contrario; y cessando este, y otros inconvenientes, con abrazar la opinion probable, que D. Francisco Velasco tiene à su favor, parece, que su practica *in hypothesi* es precisa, y debe seguirse.

62. *Tandem* resta considerar, que, segun la mas comun, y fundada opinion, el Padre, que solo tiene hijos naturales, puede à favor de qualesquiera de ellos hacer Vinculo de Tercio, disponiendo las substituciones conforme le pareciere, sin aligacion à dicha Ley 27. *ac per consequens* puede excluir la descendencia de este hijo, llamando à los ilegitimos, y naturales, *sic* Angul. *de Melior. in L. 11. glos. 8. n. 2.* Tello Fernandez, *in dicta Leg. 27. num. 14. versic. ex hoc tamen infero*, Matianzo, *in Leg. 11. tit. 6. lib. 5. Recop. glos. 5. num. 4.* Ibi: *Advertere tamen opportet, quod licèt filij illegitimi sint Matris hæredes necessarij, si alteri eorum melioratio fiat, poterit Mater substituere quem velit non servato hujus legis ordine, quem servare præcipit quando filio, vel descendenti legitimo facta fuerit*; Azevedo, *in eadem Leg. 11. num. 8. ex quo fit*: Mas derecho tiene el hijo natural à los Bienes de el Padre, no teniendo este hijos legitimos, que quando los tiene, *ut per se patet, & arguitur ex leg. 6. 9. & 10. Tauri*; es assi, que el hijo natural, quando el Padre no tiene otros legitimos, ningun derecho puede pretender, para que se le llame à la mejora de Tercio, ni para impedir, que el Padre haga

los llamamientos en transversales, y estraños: *ergo à fortiori*, no podrà pretender el hijo natural, en caso, de que aya otros legitimos. Fuera de que el Padre, que despues de llamar su Descendencia legitima, como lo hicieron los Fundadores de este Mayorazgo, passa, para despues de acabada, à hacer otros llamamientos, llegado este caso, *perinde est ac si* nunca huviera tenido hijos legitimos, porque para mirar la capacidad, y valor de el Acto, no tanto se ha de atender à el tiempo, en que se hace, como el, à que se refiere, *per textum in Lege in tempus 62. ff. de hæredit. instituт.* y haciendo el Fundador sus llamamientos determinadamente para en el caso de averse acabado su legitima Descendencia, es lo mismo, que si nunca la huviera avido, pues el averla tenido, no le puede impedir, que disponga de el mismo modo, que pudiera hacerlo, si *ab initio* no tuviesse Descendientes legitimos, *ad quod benè dicta Lex in tempus, & alia jura vulgaria possunt expendi.*

63. Todo lo hasta aqui discurrido, tiene por objecto el persuadir, que, aunque *non de Legibus, sed secundum Leges est judicandum: ex Canon. erit autem, dist.* 4. y aunque *Lex, esto dura, servanda sit ex Leg. prospexit 12. ff. qui, & à quibus*, esto procede bien, quando la Ley es tan clara, y expressa, que no se puede dudar de la mente del Legislador; y quando sea tal, que no admita otro sentido, aun con alguna impropriedad, que es lo que basta, como llevamos probado: lo qual no parece, que se ajusta à el presente intento; porque la Ley 27. de Toro admite sanamente la inteligencia, que va manifestada, à que es debido atemperarse, por huir de tantos contra-principios, è inconvenientes, en que es precisso dar, y por lo menos, teniendo opinion ciertamente probable, *aut nè probabiliorem, Dominationis vestræ sit judicium; nostrum enim ut cum Tacito lib. 5. dicamus, non est æstimare, quæ super cæteros :: tibi summum rerum omnium judicium datum est, obsequii gloria nobis relicta est*, que favorece la pretension de dicho D. Francisco de Velasco, que se conforma con la voluntad de los Fundadores, que sostiene el Vinculo, y lo hace continuar, impidiendo la extincion, que *ex dictis* viene precisada, y que estorva tambien la division, y separacion

 de

de bienes, en que *aliàs ex posteà dicendis* se avia de venir à parar, parece, que, por todas razones, es debido el conformarse con ella.

64. Esta opinion consiste, en que aun admitido por preciso el orden de dicha Ley 27. de Toro, en quanto à los llamamientos de los ilegitimos, es disputable, de quales de ellos deba entenderse, porque, aunque todos suponen, que en esta expression se comprehenden los Naturales, ay graves Authores, que restringen su disposicion à los nacidos à el tiempo, en que hizo la vinculacion, y en ellos recae la precision de substituirlos.

65. *Sic* Pelaez à Mieres, *de Majorat. 2. part. quæst. 6. num.* 110. Ibi: *Et ex hac ratione differentiæ potest inferri egregia limitatio, & intellectus ad dictam Legem 27. quòd licèt Parentes teneantur vocare priùs omnes descendentes ad meliorationem Tertij, intelligendum est de his, qui sunt in proximis gradibus, & qui jam nati sunt, & tempore factæ meliorationis habent jam vim succedendi, quod suadetur ex verbis prædictæ Legis*, con tanto, que lo hagan entre sus Descendientes, &c. *Nam qualitas adjuncta verbo intelligitur secundùm tempus verbi, cum quo transit*, Azevedo, *in dicta Leg.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *num* 43. Ibi: *Inquit tamen*, Pelaez, *intelligi Legem nostram de descendentibus, qui tempore factæ meliorationis jus habent succedendi, licèt possint alios vocare post eos.* La misma opinion siguiò Parladorio, hablando en caso de igual competencia entre Transversal, y Legitimo, è hija Natural, descendiente *post sequisenturiam, quæst. 6. num. 3. in finem.* Ibi: *Neque huic filiæ naturali proderit, si dixerit, se substituendam fuisse ab Abo, ante quàm substituantur transversales, juxtà Leg. 27. Tauri, quæ est hodie Lex* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. nam substitutiones, quas Lex illa facere jubet Patrem aut Avum meliorantem intelligendæ sunt de descendentibus, qui nati sunt tempore, quo testamentum fit, nam qui eo tempore nati, aut concepti non sunt, non possunt testamentum impugnare, ex L. Si quis filio exhæredato, §. 1. ff. de injusto rupto.*

65. Y aviendo tocado este punto con mas extension, que otro, el citado Pelaez Mieres, en èl se hallaràn los graves fundamentos, que para ello expende, siendo uno de ellos, el que toma de las palabras de la misma

 Ley,

Ley 27. Ibi: *Con tanto, que los hagan entre sus Descendientes legitimos*, & infrà *puedan llamar à sus Descendientes ilegitimos, que tuvieren derecho de les poder heredar*, pues como *qualitas adjunta verbo debet intelligi secundùm tempus verbi*, es menester, que esto se entienda de aquellos, que à el tiempo de hacerse el Acto, tuvieren la qualidad de Descendientes legitimos, ò ilegitimos, y con ella la de heredar, para que es bien acomodable el texto *in auth. de hæredibus §. si igitur*, donde se tiene consideracion à el tiempo de la muerte de el Testador para efecto de vèr, si à los Descendientes, à los Ascendientes, ù à otros se ha de admitir à la succession, Ibi: *Si igitur defunctus neque Descendentes, neque Ascendentes reliquerit*, y como estamos en una Ley tan exorbitante, dura, y odiosa, como que restringe la voluntad, y potestad de los Padres, es preciso limitarla à aquello, que precisamente pidiere el rigor de la letra; y assi concluye en el *num. 116. ex quo fit quod Pater tenetur observare ordinem, & formam prædictæ Legis in favorem illorum, qui nati sunt tempore confectionis meliorationis; possuntque Parentes vocare, post extinctos, eos, qui continentur in dicta Lege; & cùm ea Lex sit exorbitans, & restrictiva voluntatis Parentum, non est extendenda ultrà casum, in quo loquitur, nec est extrahenda à terminis, in quibus disponit*: à que se agrega la notable diferencia, que ay entre los primeros descendientes nacidos en el tiempo de la disposicion, y entre los que no lo eran; pues aquellos, como que quedan perjudicados con la vinculacion, que la Ley permite à el Padre, que haga, es justo, que en cierto modo se le susane este perjuicio, precisandole à que los llame; lo qual no sucede en los otros, que, como no nacidos, ningun perjuicio reciben; pues aunque no se hiciera la vinculacion, no se le pudieran dexar los Bienes: y assi dice el citado Author à el *num. 109. præterea dissimilis est ratio, quæ adest inter primos vocatos, & proximiores à testatore descendentes, in quorum præjudicium, parentibus licet facere meliorationem, quarè justum est, quod eos vocare teneantur ::: quia secundùm naturam est, quòd sicut honorantur, gratificentur ::: & inter ulteriores descendentes, quibus Parentes non ita gratificare tenentur, ut patet ad sensum, & inter filios, vel nepotes quibus legitima debetur, est necessarius ordo vocatio-*

nis,

nis, & videntur invitati ordine successivo: lo qual sigue comprobando con bastante erudicion.

66. Es tambien muy probable, que la precision de llamar los hijos Naturales, en la fundacion de Mayorazgo de Tercio, es solo para con las Madres, por la que tienen, de dexarlos por herederos, y por el derecho, que les assiste à heredarlas, *ex testamento, & ab intestato*, à falta de legitimos descendientes, *secùs verò*, para con los Padres, por faltar en estos igual necessidad: *Sic Angul. in dicta Leg. 11. glos. 7. num. 4.* Ibi: *Quod in Matre, quæ habeat filios naturales, vel spurios, cujuscumque generis, dummodo non sint ex coitu damnato pænâ mortis, manifestum est, & decisio planè procedit, cùm sit consona Leg. 7. tit. 8. infrà, qua deciditur, dictos filius ex testamento, & ab intestato esse hæredes necessarios, Matri, & ascendentibus ipsius præferendos: Caterùm quoad Patrem decisio aspera est, & contrà juris regulas, quibus filium naturalem ascendentibus præferri non posse, statuitur, nisi eos spontaneâ, & liberâ voluntate Patris, secundùm quod videbatur, quòd, quamvis Patre volente filijs legitimus posse substitui in tertio filius naturalis, & præferri ascendentibus, Pater autem invitus non posset ad id cogi, prout Textus videntur statuere*; y haciendose cargo de las palabras de la dicha Ley 27. Ibi: *Que ayan derecho de les poder heredar*, en las quales parece, que no solo se comprehenden los que tienen derecho precito a la herencia, sino tambien los que son capaces de ella, como sucede à los hijos Naturales, à contraposicion de lo dispuesto por la Ley 1. *tit. 8. lib. 5. de la Recop.* que hablando de la herencia de los hijos naturales, para con las Madres, lo limitò à aquellos, que ayan derecho de les heredar, cuya expression denota precision, responde, *& quidem egregiè assi: hæc verò Lex alitèr loquitur*, que ayan derecho de les poder heredar, *quibus verbis, complexa est necessitatem vocandi in eo, qui necessarius est. In verbis*, que ayan derecho, *& complexa est etiam possibilitatem in eo, qui erat voluntarius. In verbis* poder heredar; *ut sit sensus, quòd, non stantibus legitimis, vocentur illegitimi ad substitutionem tertii eo modo, & ordine, quo ipsis competit jus succedendi, ad cujus juris succedendi normam, & æquiparationem, Lex voluit regulari hanc vocationem, seu substitutionem in tertio, atque ità filius naturalis,*

ralis, vel spuriis respectu Matris, necessariò vocandus est, quia ejus successio necessaria est; filius autem naturalis, respectu Patris voluntariè vocandus est, scilicet, si Pater velit, quia ejus successio voluntaria est, ut in dicta Lege 8. qui intellectus, verbis textus, & juri consonus, & necessarius est, cum aliter prædicta jura concordari non possint, nec difficultas subterfugi.

67. Este modo de discurrir, y de entender las disposiciones, sin la violencia, y encuentro, que de otro modo fuera inevitable, lo aprobó el Avendañ. *ad dictam Leg. 27. glos.* 2. *sub num.* 8. Ibi: *Aliter etiam, & ingeniosè poterat responderi; quòd dùm Lex dicit,* que ayan derecho de les poder heredar, *intelligatur ex testamento, & ab intestato, tamquàm necessarii, ut filii respectu Matris, ut sic Lex constituat; eos debere à Matre filio prælegatario substitui, tamquàm necessarios hæredes, confirmando in hoc constitutionem Legis 9. non tamen ut idem nostra Lex constituat in naturalibus respectu Patris; quia non sunt ei necessarij hæredes; sed quod in eis servetur constitutio Leg.* 10. *ut sic evitetur Legum correctio, quasi Lex dederit Patri, & Matri facultatem substituendi unicuique, scilicèt, secundùm juris communis regulas, ut Matri sit necessaria substitutio ex Lege 9. patri verò voluntaria ex Lege 10.*

68. Lo mismo hizo el Guzmàn *de Veritatibus juris* en la 5. *sub num.* 34. Ibi: *Sed ego sub distinctione quæstionem absolverem, nam ut Majoratum instituit Pater, aut Mater, si Mater, profectò tenerem ex Leg. 27. Tauri, quod prius præcisè debeant vocari naturales (filijs legitimis deficientibus) quàm ascendentes, imò etiam filij spurij (si non sint ex damnabili coitu) sunt etenim hæredes Matris necessarij, ex Lege 9. Tauri, & ascendentibus præferuntur; si tamen Pater institutor est Majoratùs aliter decidendum est, nam respectu Patris filij illegitimi non sunt hæredes necessarij, itaque verba illa Legis,* que lo puedan hacer entre sus descendientes ilegitimos, que ayan derecho de les poder heredar, *non important necessitatem præcisam, sed voluntariam facultatem ad vocandos, vel non vocandos filios non legitimos.*

69. Y aunque esta fundacion no fuè hecha por el Padre, de la que se dice hija Natural, la fuè por su Abuela paterna, que es lo mismo, y aun algo mas estrecho el caso, pues no puede el Nieto tener mas derecho à los

Bienes de los Abuelos, que à los de su Padre; y si en este no se dà precision de dexarle la herencia, ni para con èl tiene derecho de succederle ab intestato, menos puede considerarse, que lo tenga, para con aquellos: *textus in Lege finali, versic. finali, C. de naturalibus liberis*: Ibi: *Jura etenim ab intestato in Avi successione nemini eorum penitùs aperimus*: Gomez, *in Lege* 9. *Taur. num.* 9. Ibi: *Item adde, quod omnia, quæ suprà dicta sunt, in filio naturali habent etiam locum, in Nepote naturali nato ex filio legitimo, vel in Nepote naturali nato ex filio naturali, quia ab intestato nullo modo succedunt Avo*. Y esto procede con mas razon en las circunstancias de no ser nacido este Nieto, à el tiempo, que su Abuela hizo esta disposicion, y murió; porque como *nullius entis nullæ sunt qualitates*, donde no ay Sujeto, mal se puede hallar derecho de succeder en èl, ni obligacion en la Abuela de instituirlo: *Quamobrem in Leg.* 1. §. *Si quis proximior*, *DD. unde cognati*, se decide, que el Nieto concebido despues de la muerte del Abuelo, de cuya herencia se trataba, ni èl puede incluirse, ni excluir à otros: Ibi: *Sed hæc ita, si Avi mortis tempore in utero nepos fuit, cæterum si postea conceptus est*: Marcellus *scribit, neque ut suum, neque ut nepotem, aut cognatum ad hæreditatem, vel bonorum possessionem posse admitti*; y aunque suponiendo yà nacido à el Nieto, como que està precedido por el Padre, no puede contemplarse con derecho precisso de succeder à el Abuelo; y por consiguiente, ni que este tenga obligacion alguna de dexarle los Bienes; porque el derecho activo, y passivo, son correlativos. *Optimè* Mieres, 2. *part. quæst.* 6. *num.* 111. Ibi: *Nepotes, & Avis descendentes, stante Patre in medio, non sunt hæredes necessarij: quod verisimum est, & ex mente omnium Legum, & Lex, quæ tollit gravamen de legitima, non habet locum in nepote testantis non obstinente primum locum, & quod nepotes non possunt querelare, quia nulla legitima eis debetur, Patre eos præcedente*; sin que sea del caso, el que pueda suceder, que, faltando el Padre, se hallen con el primer grado, y derecho; que à èl corresponde; porque siempre, que esto se verifique, despues de la muerte de la Abuela, nada contribuye, para anular, y enervar su disposicion hecha en tiempo habil, pues para el valor de qualquiera acto,

se debe atender el instante, en que se hace, y queda perfecto, *per regudam, factum legitimè non retractatur, licèt devenirat ad casum, à quo incipere non potest ex §. Siquis creditori institutu de Legatis, & ex Leg. 82. DD. de Legatis primo & junta Leg. 5. DD. ad Legem falcidiam: Optimè citatus* Mierez *dicto num. 113. Ibi: Praeterea inspici non debet, quod devenire potest, quando praesens status ad illud non tendit*: infiriendole por summa de todo lo dicho, que *ex nullo capite*, se puede contemplar en este Nieto derecho preciso de heredar à la Abuela; y por consiguiente, ni en ella de dexarle los Bienes del Tercio: y como en esta necessidad se funda la Ley de Toro, faltando ella, no puede ajustarse su disposicion, y por consiguiente debe mantenerse la de la fundacion exclusiva de Naturales, y toda especie de legitimos.

REFLEXION III.

EN QUE SE FUNDA PARTICULARMENTE el Derecho de D. Francisco Velasco, à los Bienes de la Agregacion de Doña Maria de Barros, y Mendoza, y à otros.

70. PARA discurrir en este Punto, es preciso el presupuesto, que resulta de el Pleyto, y Testimonio ultimamente presentado, à efecto, que se tenga presente à la determinacion, pues constando por el Instrumento de Vinculacion, que los dichos D. Francisco de Oterga, y Doña Sebastiana Bermudez de Aldrete, hicieron à favor de el Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, su hijo, que para ella señalaron diferentes Bienes, y Juros, capitularon con el referido D. Thomàs, que si valiessen mas de lo que montasse el Tercio, y Quinto de su Caudal, el excesso, lo avia de recibir por quenta de sus Legitimas, quedando assimismo vinculado en la propria forma, y con las mismas Condiciones: lo que consintiò el susodicho, y por el relacionado Testimonio se ajusta, que en la Particion, que se hizo por muerte de dicho D. Francisco de Ortega, y su muger, importaron los Bienes aplicados à el Vinculo, 9. qs. 255216. y med. mrs. en esta forma, 3. qs. 168037. y med. mrs. por razon

zon de el Tercio de dicha Doña Sebastiana Bermudez, y 2. qs. 104027. mrs. por razon de el Quinto, y los restantes 3. qs. 983152. mrs. por lo que suplio de su Legitima Materna el dicho D. Thomas, para que tuviesse cabimento la mitad de los Bienes aplicados en la Fundacion, mediante la referida Condicion, porque en la otra mitad se extinguiò con la revocacion, que hizo el dicho D. Francisco de Ortega.

71. De esto se infiere, que la mayor parte de los Bienes vinculados, y con notable excesso, fueron los de la Legitima de el dicho D. Thomàs, y los de el remaniente de el Quinto, en los quales, ninguna obligacion puede pretender de llamar à los Descendientes naturales, ni de observar el orden de la Ley 27. de Toro, que habla solo en el Tercio.

72. Assimismo se debe tener presente, que Doña Maria de Barros, y Mendoza, en el Testamento, que otorgò, dispuso, que los Bienes, que, como à heredera de D. Thomàs de Ortega, su marido, se le avian adjudicado en el Juicio de Particion de su Suegro, se agregassen à la Fundacion de el Vinculo, que estos hicieron, con las mismas Condiciones, gravamenes, llamamientos, y circunstancias, que contuvo, con la pension de pagar à Doña Sebastiana de Ortega, y à sus hijos, y Descendientes, el Posseedor de el dicho Vinculo, cien ducados en cada año, y con la de dàr à Doña Laureana, y Doña Angela Montero de Espinosa otros cien ducados à cada una, solo por los dias de sus vidas: y por el Testimonio fol. 175. en que se inserta la Hijuela, que en dicho Juicio se formò à el referido D. Thomàs, y su heredera, consta, aver consistido en 17. qs. 894876. mrs. que es al doble mas de lo que importaron los Bienes de la primitiva dotacion, compuestos de el Tercio, remaniente de Quinto, y parte de Legitima materna.

73. Esto supuesto, y que la Agregacion fuè con las mismas Condiciones, y llamamientos, que la Fundacion principal, estando en esta expressa, y literalmente, excluidos los hijos Naturales, lo estàn por consiguiente en los Bienes de dicha Agregacion, *quia relatum est in referente cum omnibus qualitatibus: ex L. Asse toto, ff. de Hæredit. instit. & L. Si ita scripseris, ff. de Cond. & demonst.*

monst. Mier. *de Majorat.* 2. *part. quæst.* 5. *num.* 44. y como à la Agregante no se le puede arguir, de que no tuvo facultad para semejante exclusion, de aquì es, que si la hizo, y quiso, y pudo hacerla, es preciso, que se aya de sostener, *siquidem datâ voluntate, & potestate disponendi, firma esse debet dispositio: Arg. text. in Leg.* 3. *C. Si quis alteri vel sibi, & in C.* 23. *de Offic. & potestate judicis delegati.*

74. Sin que à esto obste, el que la primitiva fundacion no subsista, en el modo, que dispuso, *quia utile per inutile vitari non debet*: y si por esta regla los Authores de la Ley 27. de Toro llevan, que los llamamientos hechos *juxtà illius ordinem*, se han de mantener, aunque los que se executaren en contra de ella carezcan de efecto, por la misma avràn de confessar, que la insubsistencia de la Clausula de exclusion de Naturales en el Tercio, no puede excluìr la firmeza, que debe tener, assi en el Quinto, como en los Bienes, que supliò de su Legitima materna D. Thomàs de Ortega; y *à fortiori*, en los que agregò Doña Maria de Barros y Mendoza.

75. Y aun hablando solamente con respecto à el Quinto, quando del remaniente de èl, y del Tercio, se hizo fundacion de Vinculo, resuelve assi el Angulo *in dict. Leg.* 11. *gloss.* 4. *num.* 14. *Et quidem si Vinculum fieret ex Tertio, & Quinto, quoad Quintum attinet; omninò servaretur dispositio Testatoris, etiam contraria huic Textui, cum is non procedat in Quinto, quod omninò liberum est.* Consiguiente à esto, dice Antonio Gomez, 1. *variar. cap.* 3. *num.* 18. que la Substitucion, Condicion, ò gravamen, que se impone à el hijo instituìdo por Heredero universalmente, ò en mayor parte, que en la Legitima, aunque en esta no subsista, pero sì en lo demas, que le excede. Ibi: *Unum tamen est, quod si dictus filius est institutus in majori parte, quàm Legitimâ, vel universaliter, & sibi est datus substitutus vulgaris, quod licèt prædicta substitutio nihil operetur respectu Legitimæ, nec tollat suitatem, tamen in alia parte, vel in aliis bonis ultrà Legitimam, benè tollit suitatem, & habet locum, & verificatur ::: quia in bonis ultra Legitimam bene potest accedere gravamen, conditio, & dilatio.*

76. Y aunque el Sr. Castillo en el lib. 5. cap. 100.

es

es de sentir contrario, todo su fundamento consiste en decir, que el Quinto, como accessorio, debe seguir la naturaleza, y orden de lo principal, que es el Tercio; pero no alcanzamos, que pueda aver otra razon, para que el Quinto sea accesion, que el considerarlo de menos entidad; pues fuera de esto, no ay por donde le venga el concepto de accessorio, porque son dos partes del caudal del Padre, de que la Ley le dà facultad de disponer, aunque con distintas reglas: y assi, aunque se junten en la disposicion, que de ellas haga, cada una conserva su propria naturaleza, y no se puede decir, que ay accesion: *arg. text. in Leg. in rem actio 23. §. 5. versic. & in his, ff. de rei vendicat.* Ibi: *At in his, quæ ex distantibus corporibus essent, constat, singulas partes retinere suam propriam speciem,* y la unica razon de prevalencia, que se puede dàr, *cum quæratur, utri cedant,* Cassius ait *proportione rei estimandum, vel pro pretio cujusque partis, ut ait text. in L. 27. §. 2. ff. de adquirendo rerum dominio.* Assi lo entendiò el mismo Sr. Castillo *in dicto cap. 100. num. 18.* Ibi: *Nam cum Vinculum ex Tertio, & Quinto bonorum simul instituitur, considerabilis magis, & principalior pars reputatur tertium,* y en el *num. 13. in fine.* Ibi: *Et quemadmodùm à Tertio tollitur, quod efficit majorem partem, & quantitatem, tolli etiam debet à Quinto, quod simul cum Tertio relictum est, & continet minorem partem, quam Tertium:* con que verificandose, que la fundacion de este Vinculo se compuso de tres partes, es à saber, del Tercio, del remaniente del Quinto, y de lo que supliò de su Legitima el Veintiquatro D. Thomàs de Ortega; y que estas dos ultimas importaron mucho mas, que la primera, no ay motivo de decir, que fueron accesion de esta, ni que se ha de perjudicar la libertad de disponer de ella, *maximè*, quando en este caso se està viendo, que no fuè el animo vincular el Tercio, y Quinto, *ut sic,* sino aquellos Bienes, que los Fundadores expressaron, y eligieron, y por esso fuè la prevencion, de que, los que no cupiessen en el Tercio, y Quinto, los avia el D. Thomàs de recibir en quenta de sus Legitimas.

77. *Y saltem* en quanto à estos, parece el caso muy llano, porque en el concepto de Derecho, quien se debe tener por Fundador en esta parte, es el mismo Don

Tho-

Thomàs, que prestò el consentimiento, para que se vinculara su Legitima, sin el qual, no pudieran hacerlo sus Padres, *per textum in Leg. censualis C. de Donat.* Ibi: *Sed si in sensum velùt sua mancipia deferenti privigno suo consensisti donationem, in eum contulisse videris, sic* Alvarez, Pegas *de excluf. & in decicrs.* 1. *part. cap.* 3. *num.* 37. Ibi: *Institutor Majoratûs dicitur, qui illum fecit, & erexit :: & si filius consentit in gravamine Legitimæ, ad hoc ut vinculetur, ipse dicitur vinculare, non verò Pater gravans, addentes* ad D. Molin. *lib.* 2. *de Primog. cap.* 3. *n.* 7. *versic. ultimo.* Ibi: *Secundùm quod filius consentiens Patri facienti Majoratum ex Legitima, dicitur ipse filius facere*, Gama, *decis.* 218. *num.* 4. Ibi: *Quia ipse filius vinculantis consenserat Vinculum, quod potuit facere in præjudicium Legitimæ :: & sic dicebat, hunc Esmeraldum juniorem, & fratrem ejus, ratione consensus Fundatores esse Majoratûs, qui enim consensit, videtur constituere* :- y aunque el Sr. Salgad. en la 2. *part. de Labyr. cap.* 16. con muchos, que cita, entendiò esta doctrina, quando el hijo consiente el gravamen de la Vinculacion puesto por el Padre, *atque etiam simul, postquàm adivit hæreditatem, cùm jam de suo Patrimonio filius ipse disponere intelligatur*, que dice à el num. 87. Esta propria razon se verifica en nuestro caso, no obstante, que el consentimiento de D. Thomàs de Ortega fuesse en vida de sus Padres en la misma Escriptura de Fundacion, puesto, que por ella le hicieron donacion de aquellos Bienes, reservandose, como lo hicieron, por la Clausula, fol. 31. Ram. 1. el usufructo, y capitulando, que lo que no cupiesse en el Tercio, y Quinto, lo huvïesse de recibir, y haber por quenta de sus Legitimas, quedando assimismo vinculados; y assi no fuè meramente consentir, que sus Padres vincularan los Bienes, aunque tocaron, en lo que pudiera haber por Legitima, sino es recibirlos por esta razon, y dexarlos en el mismo acto vinculados: *Arg. text. in L.* 2. *ff. de rebus eorum*: Ibi: *Quod cum dominio pignus quæsitum est, & ab initio obligatio inhæsit: tradit ipse* D. Salg. *dicto cap.* 16. *num.* 57. Ibi: *Quoniam quando debitor rem adquirit, potest in ipso adquisitionis principio, & actu admittere, apponere, & consentire quodlibet gravamen.*

78. Lo qual supuesto, parece claro, que en los Bienes,

nes, que assi puso en el Vinculo dicho D. Thomàs, debe observarse la exclusion de Naturales, porque no ay Ley, que se lo prohiba, ni anule su voluntad, y disposicion; pues de la que el Padre tiene en el Tercio, no puede hacerse extension à otras personas, y à lo que no es Tercio, aunque se siguiesse desigualdad en la disposicion, y orden de succeder: *Arg. text. in L. 16. ff. de Manumis. testam.* Mieres, *1. part. de Majorat. quæst. 32. num. 228.* Ibi: *Quia ubi aliquid contrà regulas juris inducitur, cessat extensio, etiamsi determinatio sequatur inæqualis*; sin que obste, el que los Fundadores quisieron hacer un solo Mayorazgo, y que los bienes fuessen indivisibles, ù estuviessen todos en un Posseedor, porque no quisieron menos, que el que huviesse de succeder, tuviera la calidad de Legitimo; y esta prevencion especial, hecha con el rigor, que và demonstrado, en la parte, que pudiere hacerse, se ha de cumplir, aunque se deroge aquella generalidad de la indivision, que es regular en los Mayorazgos; pues quando ay perplexidad en las condiciones, que motiva la duda, de qual ha de prevalecer, se ha de estàr à la especial. Rox. *part. 4. de Incompatib. cap. 5. num. 12.* Ibi. *Extende, sive declara quartò, quando unum ex contrarijs potest referri ad id quod est generale, & aliud sit specialitèr dispositum, vel provisum*: y à el num. 11. dà otra regla, bien propria de lo que se và fundando. Ibi: *Extende, seù declara tertiò observationem nostram etiamsi ad evitandam perplexitatem, sive contrarietatem, dispositionum, conditionum, vocationum, necesse fuerit dividere casus, vel personas distinguere, vel subdistinguere quia interpretatio fieri tum debet, dividendo, distinguendo, vel subdistinguendo, admittendo aliquid ex contrarijs, respectu unius personæ, vel casûs, & non respectu alterius.* Por cuyo orden, es facil en este caso la combinacion, admitiendo la indivision de Bienes, en los que quedassen, para el Tercio: y tolerando en ellos el llamamiento de Naturales, y quedando *æque indivisos* los del Quinto, y los de la Legitima del D. Thomas de Ortega, se observe en ellos la Clausula de exclusiva de Ilegitimidad, y assi se verifica, *admitti aliquid ex contrarij respectu unius personæ, vel casûs, & non respectu alterius*, lo que dispensa la necessidad *evitandi perplexitatem.*

79. Y si no obstante la union, è indivision de Bienes prevenida en la Fundacion, Francisco de Ortega pudo sacar de ella los suyos, continuando solo vinculados los de su muger, como assi sucediò; porque quando marido, y muger en un Instrumento fundan Mayorazgo, aunque se llame, y se diga unico, y con unos proprios llamamientos, en el concepto de Derecho, se estiman por dos distintos, y separados Vinculos, por serlo los Fundadores: y assi puede cada uno revocar el suyo. *Optimè* D. Molin. *lib. 4. de Primog. cap. 2. sub num.* 84. Ibi: *Quamvis enim primogenium hoc in una Scriptura institutum sit, censentur esse duo primogenia diversa, atque separata, adeò ut uterque valeat primogenium suum ad libitum revocare.* D.Covarrub. *in Rubric. de Testam. 2. part. num. 19.* Ibi: *Quia sub una Scriptura, hic duo testamenta continentur.* Mieres, *de Majorat. 1. part. quæst. 23. num. 5.* Ibi: *Cùm cujuslibet voluntas sit mutabilis usque ad mortem, quæ licet sit cum alia conjuncta non ideò minus restringi debet*; no ay razon, para que no aya de observarse la voluntad de D. Thomàs de Ortega en aquellos bienes, que èl puso en el Vinculo, y de que *juxta dicta* se debe decir Fundador, è Instituidor, como sus Padres; y si, respecto de estos, no ay inconveniente, en que se diga, *duo esse primogenia diversa, atque separata*, y esto *etiamsi ab utroque conjuge dictum sit, quòd unum tantum Majoratum instituunt*: *Addent.* à D. Molin. *dicto num.* 84. *versic. Ampliatur secundo*, cum Alvarad. *de Conjecturata mente defuncti, lib. 2. cap. 3. n. 4.* Gutier. *cons. 2. num. 7.* Zevall. *Commun. contrà commun. quæst.* 310: lo qual no es por otra razon, que por ser dos, los que concurren à hacer aquella Fundacion, dotandola cada uno de sus Bienes: *Quia quot sunt personæ testantes, tot esse testamenta censentur.* D. Castillo, *lib. 2. cap. 18. num. 7.* Tampoco debe aver reparo en decir lo mismo, y es preciso, que assi sea, para ir consiguientes, respecto de el dicho Veintiquatro D. Thomàs de Ortega, que puso casi toda su Legitima materna en el Vinculo, recibiendo el excesso de los Bienes señalados en quenta de ella, y consintiendo, que quedassen vinculados, pues consta de el Testimonio fol. 175. de el primero Ramo, que solo le quedaron libres, por razon de dicha Legitima, 894346. mts. porque lo demàs quedò

vinculado, y supliò para ello mucho mas, de lo que importò dicho Tercio.

80. Infierese de esto, que el animo de estos Fundadores, no fuè, *utcumque*, de que los Bienes estuviessen unidos, è indivisos, sino que lo estuvieran en los Posseedores, que tuviessen las calidades, con que condicionaron sus llamamientos, con tanto rigor, que previnieron à el sol. Ramo 1. que avian de tener fuerza de proprias, verdaderas, y rigorosas Condiciones, entre las quales fuè una la de Legitimidad, y exclusion de Naturales: con que no pudiendo observarse esta disposicion, *hoc est*, que los Bienes permanezcan indivisos en los Descendientes legitimos de los Fundadores, no ay inconveniente, de que se haga la separacion, y desunion, y es la razon, porque en este conflicto de disposiciones contrarias, y perplexidad, que producen, se hà de resolver la duda, *ex præsumptâ, atque conjecturatâ mente Institutoris, quando perplexitas Conditionum, seu aliarum dispositionum contingit ex accidenti, præter voluntatem defuncti, sivè propositum institutoris.* Roxas, *dict. part.* 4. *cap.* 5. *num.* 7. y para ello se hà de vèr, qual de las dos Condiciones fuè, la que mas quiso, y apeteciò el Fundor, por cuya regla es casi evidente, que, los que hicieron esta Fundacion, lo que mas principalmente apetecieron fuè la conservacion de la Legitimidad en sus Descendientes, y Parientes, que avian de representar su Casa, pues en favor de ellos, y por respecto, y amor à su hijo D. Thomàs de Ortega, y à su legitima Descendencia, la ordenaron; y assi esto es, lo que debe tener lugar, *juxta illud, propter quod unumquodque tale, & illud magis*, y tambien, *quia non anteà juris ratio, quàm persona, quæ renda est, ex Leg.* 14. *ff. de Jure codicillo.*

81. Esto enteramente lo convence, el vèr, que con especial cuidado dispusieron, que en falta de la succession legitima de los llamados, que se hiciesse, no uno, sino dos Patronatos con distintos destinos, y aplicacion de rentas, por lo que cessa el fundamento de la conjeturada, y presumpta voluntad, à que los Bienes quedassen indivisos, pues ellos mismos dispusieron la desunion, quando llegasse à faltar dicha Descendencia legitima, porque

en

en la Natural, ni quisieron Vinculo, ni que continuassen los Bienes unidos; y si en los de el Tercio no puede esto cumplirse assi, porque lo resista la obligacion Legal, en los que no la aya, seguramente debe observarse, y avrà de decirse, que no ay inconveniente, en que se haga dicha separacion de Bienes, y que la linea natural aya de llevar solo, los que los Fundadores no pudieron quitarles; pero no, los de que tuvieron libre facultad de disponer; y nada tiene de repugnante, que, quien instituyò dos Patronatos distintos, quisiesse tambien hacer dos Vinculos, quando de otra forma no podia tener efecto la conservacion de la legitimidad, en que puso tanto la atencion.

82. Lo dicho parece mas llano, por lo respectivo à los Bienes de Doña Maria de Barros, y Mendoza, los quales, segun Testimonio puesto en los Autos, exceden con mucho à los de la primitiva Fundacion, aun con inclusion del Quinto, y de lo que supliò con su Legitima el Veintiquatro D. Thomàs de Ortega; pues en quanto à ellos, dicha Doña Maria pudo excluir à los Naturales, lo quiso, y hizo efectivamente, mandando, que se succediesse, con las mismas clausulas, condiciones, y llamamientos, que en la fundacion principal; que es lo mismo, que si literalmente en la suya lo huviera prevenido. Mier. *de Majorat. 1. part. quæst. 5. num. 54.* Ibi: *Satis est, quòd per quamdam relationem exprimatur; & num. 57.* Ibi: *Quidquid continetur in termino, ad quem fit relatio, continetur in termino referente.* Aviendo à mas de esto, la muy notable circunstancia de aver prevenido la dicha Doña Maria de Barros, que los Posseedores del Mayorazgo huviessen de dàr à Doña Sebastiana de Ortega, y à todos sus Descendientes, 100. ducados annuales; lo que dà à conocer bien à las claras, que tuvo bien vista su exclusion, y que no avian de succeder en el Vinculo: sin que sirva de reparo el decir, que tambien à Doña Laura, y Doña Angela Montero de Espinosa, hizo Legados de à 50. ducados, porque entre el de Doña Sebastiana, y estos, huvo gran diferencia; pues aquel se hizo, no solo à ella, sino tambien à toda su Descendencia, y los otros se dexaron unicamente por las vidas de las Legatarias; porque como eran de linea successible, no contemplò exclusa su Descen-

cen-

cendencia, sino suspensa, mientras huviesse otro de mejor grado, y derecho.

83. Ni servirà de obstaculo, el que se diga, que lo que la Doña Maria de Barros hizo, fuè una Agregacion à la primitiva Fundacion, en la qual, aunque de hecho se pusiesse la exclusiva de Naturales, no subsiste, y es lo mismo, que sino la huviera, por ser contra la Ley, y por consiguiente, no se debe entender por repetida en la Agregacion, pues se satisface con la puntual, y terminante doctrina del docto Alvarez Pegas, *de Exclus. & inclus. 1. part. cap. 3. à num. 83.* donde hablando en los mismos terminos de Agregacion de Mayorazgo, funda, que se ha de estàr à la condicion, que explica la letra de la Fundacion: *Quidquid sit*, de que subsista, ò nò, *unde ait dicto num. 83. versic. An is: An is secundus testator in testamento suo Majoratum validè instituerit, nec nè, otiosum est quærere tùm ab illius validitate Majoratus à Ludovico instititutus pendere minimè videatur, non enim Ludovicus existentiam Majoratùs à Didaco instituti in conditionem advocavit, quinimò etsi relatum esset nullum, adhuc tamen relatio obtinet.* Balduz, *in L. Alia, num. 3. C. de his quibus ut indig.* Jasòn, *in L. Legata inutilitèr, num. 16. : etsi ex Testamento nullo animi, & voluntatis ejusdem Testatoris conjectura desumitur.* Gama, *decis. 327. aliàs 330. num. 1. Multò magis ex relatione valida ad institutionem, quamvis nulla foret disponentis voluntas, inferetur: videtur igitur Antonius, ex Ludivici dispositione relativa, & reo, & opponenti necessariò præferendus; ob expressam vocationem, quam qui habet, omnibus, etiamsi proximiores sint, antefertur.* Y lo mismo dice el Gama, *des. 222. sub num. 8.* Ibi: *Nec obstat, quod obiciebatur consuetudinem istam nullius esse momenti, quia licèt relatum non valet, relatio tamen de jure subsistit.*

84. Infierese claramente de esto, que la validacion de la Vinculacion primera, ni de sus llamamientos, no son del caso, para los de la Agregacion, por no estàr estos aligados, à que aquellos subsistan, ò nò; y assi juzgò bien el Alvarez Pegas, ocioso el tratar de la validacion de dicha primera Fundacion, y de sus llamamientos, para que por ellos se gobernasse la succession de la Agregacion. Y parece clara la razon, pues la Doña Maria de Barros

Barros y Mendoza; como que nada tenìa con la Familia de su marido, no le pudo mover otra cosa, para hacer la Vinculacion en ella, que el considerar, que esta avia sido la voluntad de sus Suegros, à que concurriò su marido, de quien avia heredado los Bienes, que possèia; para lo qual no es menester, que esta tal voluntad fuesse eficàz, y efectiva, pues no siendolo, porque lo que quisieron disponer no pudieron, por ser contra el orden de la succession Legal, pudo mover justamente à dicha Doña Maria, que no tenia estas prohibiciones, aquello, que de facto dispusieron, apetecieron, y quisieron sus Suegros; lo qual es muy verosimil, y fundado, pues vemos, que aun quando la condicion del Testador, ò lo que este mandasse, no puede tener efecto de facto, se debe cumplir, porque basta, que fuesse voluntad suya, *per text. in L. 20. §. 1. ff. de condit. invit.* donde se decide, que instituido uno por Heredero, con condicion de manumitir un Siervo Hereditario, debe poner el acto de la manumission, aunque con ella nada hace, porque como quando manumite, *adhuc non est hæres, nec dominus*, por aver sido la Institucion condicional, no puede valer la manumission; pero con ella, aunque de facto, solo bastàra para ser Heredero, porque se verifica aver manumitido, que fuè lo que el Testador dispuso. Ibi: *Quamvis si manumiserit, nihil agat, tamen hæres erit, verum est enim, eum manumisisse*: y lo mismo se arguia de la Ley 55. que trata de un Legado, hecho con la condicion de dàr alguna cantidad, à quien no la podia percebir, por ser persona incapàz, y *adhuc* se decide, que se debe obedecer la voluntad del Testador, entregando la cantidad mandada por èl, aunque esta no la pueda adquirir, ni hacer suya el incapàz. Ibi: *Conditioni parere debet, & ducenta dare, ut ad eum fundus Legatus pertineat, licèt nummos non facit accipientis.* Lo qual prueba, que el aver dispuesto Doña Maria de Barros, que se succediesse en sus Bienes, con los mismos llamamientos, y condiciones, que expressaron sus Suegros, no se ha de entender de los llamamientos informados por la Ley, y reducidos à el orden de la succession Legal, sino de los que de facto quisieron, y explicaron los Fundadores primeros, porque basta, que fuesse voluntad de ellos, que

P fuè

fuè la que siguiò dicha Doña Maria, y *cujus intuitu* hizo su disposicion.

85. No serà reparo contra esto, el que se diga, que la Agregacion debe seguir como accessoria à la Fundacion principal, y ser uno el Posseedor de unos, y otros Bienes, porque esto procede, quando la agregacion es necessaria, porque *ex primæva fundatione*, aya obligacion, ò precepto de agregar los Posseedores, à causa, de que entonces, no pueden poner Condiciones, ni llamamientos diversos, *secùs vero*, quando la agregacion es voluntaria, y no ay obligacion de hacerla, en cuyo caso puede el Agregante hacer llamamientos, y poner Condiciones, y clausulas, no solo distintas, pero aùn contrarias à las de la Fundacion primera, y deberàn valer, haciendose separacion de unos, y otros Bienes, para que se succeda en ellos, segun el orden de sus respectivas disposiciones. Roxas, *de incomp. 1. part. cap. 7. sub num. 29.* Ibi: *Et tunc prædictæ incompatibiles. Leges, & Conditiones, ac vocationes in novo Majoratu, seu bonis ipsis, quæ uniuntur apposita non sunt rejiciendæ: sed casu isto, si successor unus non possit ob incompatibilitatem, ac perplexitatem eas adimplere, dividi debent ambo Majoratus inter duos Successores.* D. Molina, *lib. 1. de Primog. cap. 8. num. 35. & ibi addentes, & etiam,* Aguila, *ad Roxas, in dicto loco num. 115.* Con que si por la primitiva Fundacion, como informada por la Ley, y reducida al orden de los llamamientos legales, no estàn exclusos los Naturales, y lo estàn en la Agregacion referente à dicha disposicion, *prout de facto*, y como saliò de la boca, y voluntad de los Fundadores, que es lo mismo, que si la Agregante especialmente huviera repetido las vozes de ellas, *textus optimus in leg. si Testamentum 8. C. de Institut. & substit.* Ibi: *Ille hæres esto, secundùm Conditiones infra scriptas ::: si autem Conditiones quasdam in quavis parte Testamenti posuit, tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, & sic omnia compleri, tamquàm si testator ipsas institutiones eisdem Conditionibus copulasset.* No puede estàr mas claro el encuentro, y repugnancia de dichas dos Disposiciones, de que se sigue la desunion, y separacion de los Bienes, para que, yà que no pueda tener efecto la voluntad de Francisco de Ortega, y su muger,

en

en el Tercio, lo tenga en el Quinto, y la de D. Thomàs de Ortega, en lo que este suplió de su Legitima, como la de Doña Maria de Barros, en todo lo que agregò, cuyas Partidas exceden muchas vezes, el monto de el Tercio: y assi parece repugnante, que esta corta porcion de el Caudal aya de llevar tras de sì, y arrastrar todo el cuerpo, y substancia de èl, sujetandole lo mas à lo menos, quando muriò la Doña Maria con tanta seguridad, de que la Linea de D. Thomàs Velasquez jamàs succederia en el Vinculo, como lo advierte el Legado hecho à la Doña Sebastiana, y à sus Descendientes, para que lo pagassen los Posseedores de el Vinculo, y assi el posseerlos esta Linea, seria contra expressa voluntad de la susodicha, la qual no ay otro modo de mantenerse, que por el medio de la separacion de Bienes, siendo menos inconveniente, el que se haga, que, el que se violente la voluntad de los Testadores, y Fundadores.

86. Y quantas consideraciones haga la otra Parte, las hallarà en el caso, y especie de el citado Alvarez Pegas, pues en èl se hizo la Agregacion con las mismas Condiciones, y qualidades de la Fundacion primitiva; y no obstante decide, que, faltando esta por su insubsistencia, y nulidad, aunque por consiguiente los Bienes, sea preciso, que lleven otro destino, los de la Agregacion no pueden tener otro, que, el que quiso la Agregante, porque, *licèt relatum sit nullum, relatio tamen obtinet*; pues la Agregante, à lo que se arreglò, fuè, à lo que expressamente quisieron sus Suegros, fuesse, ò nò valido, y no, à lo que debieron disponer, porque no tenìa obligacion de seguirles; y es harto convincente la razon, en que se funda, porque si el Acto, aunque nulo, es bastante para declarar, y arguir la voluntad, porque, aunque sea nulo, no lo es, *ex defectu voluntatis, sed ex alio cap. arg. textus in cap. 1. de Sponsatione impuberum in sexto, & in leg. 20. ff. de adimendis legatis*: *à fortiori*, la relacion, que se hace à una Disposicion, aunque nula, serà prueba clara de la voluntad de el Referente, y mas, quando en este no ay el motivo de nulidad, que, en el que hizo la primera Disposicion.

Ex quibus, espera Don Francisco de Velasco, que, revocandose la Sentencia del Juez Ordinario, se le declare el Derecho à los Bienes de dicho Vinculo, y Agregacion, *salvâ in omnibus integerrimorum, jurisque, & æquiperitissimorum Judicum veniâ, quorum judicio, hæc qualia qualia sunto, corrigenda, imò si displiceant, prorsùs eliminanda, subjicimus. Hispali, die 6. Junij anni* 1757.

Dr. Don Manuel de Herrera.

Lic. D. Joseph Martinez, y Azpilcueta.

Con las llamadas de los autos, està conforme, y arreglado à los echos q. resultan de los autos=

Rmo. do
D. Fern.o Saturnino Solano.